

2º Ciclo de Estudos

Mestrado em Jurídico-Administrativas

A Responsabilidade Administrativa à luz do paradigma da
boa administração

Gonçalo Correia Fonseca

*Dissertação elaborada sob orientação da Sr^a. Professora
Doutora Juliana Ferraz Coutinho.*



2017



À memória dos meus Avós, Maria Teresa Correia e Manuel Correia.

*“ E logo se me juntam esperanças
Com que a fronte, tornada mais serena,
Torna os tormentos graves
Em saudades brandes e suaves...”*

Luís de Camões

Agradecimentos

Ao meus pais e irmão, por todo o apoio ao longo destes 2 anos, pela paciência imensa que sempre tiveram para me aturar e pelo amor incondicional que sempre demonstraram. Sem vocês, eu jamais teria conseguido.

À minha namorada, Nádia, por estar ao meu lado nos momentos em que tudo parecia que iria desmoronar. Foste o meu pilar, a minha força, a minha base... o amor da minha vida.

À minha orientadora, Sr^a. Professora Doutora Juliana Coutinho, pela disponibilidade incrível que sempre demonstrou. Acima de tudo, pela sinceridade e frontalidade crítica que sempre me concedeu.

Aos meus patronos, Dra. Isabel Costa e Dr. Carlos Costa, por todo o apoio jurídico, “logístico” e pessoal. Foram um suporte a todos os níveis.

Aos meus colegas de escritório, Jorge, Litos e Telma, por aturarem os meus “devaneios administrativos” diariamente e, mesmo sendo um eterno chato, sempre se mostraram disponíveis para debater e apoiar as minhas ideias.

Ao meu amigo Kim Diz, com a sua sabedoria e amizade profunda que me fez tomar decisões importantes neste caminho. A prova de que as amizades não se medem pela distância.

Ao Thiago Klautau, pelo companheirismo ao longo do Mestrado e pela amizade. Apesar de os nossos caminhos se terem afastado, a ti devo muito deste trabalho.

Aos meus colegas de licenciatura, Bruno e Emanuel, por todo o trajeto em comum que traçamos na FDUP e pelos debates jurídicos travados ao longo destes anos.

À Faculdade de Direito da Universidade do Porto, por me ter permitido esta oportunidade e à Universidade de Santiago de Compostela, por todo o tempo que me permitiu usufruir das suas instalações.

Por fim, a todos aqueles que não mencionei pessoalmente, mas que, de uma maneira ou de outra, foram importantes para que ganhasse a coragem e o saber necessários para enfrentar um trabalho desta envergadura.

Um obrigado a todos!

Resumo

O princípio da boa administração não pode, nem deve, esgotar-se somente em critérios de celeridade e economicidade. A complexidade da sua importância e a construção dogmática dos seus princípios orientadores obrigam a que se pense um pouco mais além. O próprio controlo jurisdicional encontra barreiras que aportam à necessidade de correção destes critérios orientadores.

A atividade administrativa no âmbito dos seus poderes discricionários levanta, aqui, o maior desafio a esta temática. O entrave da limitação imposta pelo princípio da separação de poderes aos tribunais administrativos é algo que se consegue ultrapassar. As garantias administrativas são um caminho, é certo, mas é necessário algo mais.

Com isto, chegamos ao objeto desta dissertação: a tentativa de delimitação do espectro da responsabilidade administrativa gerada pelas violações do princípio da boa administração no uso do seu poder discricionário. Adicionalmente, será abordada a consequente delimitação daquele que pode ser o acesso da função jurisdicional à sua necessidade de ingerência na atividade administrativa e ao seu mérito.

Procura-se, ainda, expor as traves mestras do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado analisando, descritivamente, o seu todo.

Deste modo, procura o autor contribuir com o seu mesurado esforço para que se enriqueça, um pouco mais, o estudo da temática, ajudando a estender a mesma ao universo académico e, quiçá, ao “público” em geral.

Abstract

The good administration principle must not, and should not be limited to celerity and economicity criteria. The complexity of its importance and the dogmatic construction of its main principles makes one think further beyond. Even the jurisdictional control finds barriers that call for the need to correct these main principles.

The core of the discretionary power of the Administrative activity poses the main challenge to this thematic. The obstacle of the limitation imposed, by the principle of separation of powers, to the administrative courts is something that may be overcome. The administrative warranties are surely a path but something more is required.

With this we have reached the object of this mastership: the attempt to limit the range of administrative liability generated by violations of the good administration principle in full use of its discretionary power and the subsequent exposition of what may be the access of jurisdictional function in the need for intervention in the administrative activity and in its merit.

It is also intended to expose the main pillars of the State's extracontractual civil liability, by descriptively analysing its whole.

This way, with his measured effort, the author seeks to contribute to enrich, a bit more, the study of this thematic, helping to widen it to the academical universe and, who knows, to the general public.

Lista de Abreviaturas

Ac. – Acórdão

AP – Administração Pública

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cfr. – Conferir

Cit. – Citado/a, Citação

Colect. – Colectânea

CP – Código Penal

CPA – Código de Procedimento Administrativo

CPTA – Código de Processo dos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

DR – Diário da República

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

Ibid. – Ibidem

Ob.cit. – Obra citada

Org. – Organização

Pág./s. – Página/s

Proc. – Processo

RRCEEP – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – concretizado na Lei nº 67/2007

Segs. – Seguintes

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia.

UE – União Europeia

V. – Vide

Índice

I- Introdução	1
II- O dever de boa administração numa Administração Pública de resultados	3
1. O novo paradigma do Estado e da Administração Pública e o conceito chave de boa administração	3
1.1. Princípios da eficiência e eficácia	4
1.2. A transparência administrativa.....	6
1.3. Legalidade e moralidade administrativas	8
1.4. Má administração	10
1.5. O dever de boa administração na jurisprudência europeia.....	12
2. O dever de boa administração: algumas conclusões.....	15
III- Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado	19
1. Responsabilidade administrativa	19
1.1. Conceito de responsabilidade: considerações prévias.....	19
1.2. Evolução histórica	21
1.3. O art.22º da CRP: a constitucionalização plena da responsabilidade civil do Estado	25
2. A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: o atual regime da Lei nº67/2007.....	28
2.1. Os âmbitos objetivo e subjetivos de aplicação da Lei nº 67/2007	29
2.2. Responsabilidade administrativa por facto ilícito e culposo	32
2.3. Responsabilidade administrativa pelo risco	37
2.4. Responsabilidade administrativa por facto lícito	39
2.5. Responsabilidade pelo não restabelecimento legítimo de posições jurídicas subjetivas violadas.....	41
3. A consagração no Direito da União da Responsabilidade Civil da Administração Pública Portuguesa	42
4. Responsabilidade penal do Estado (breve reflexão)	44
5. Pode o Estado ser responsabilizado pela má administração?	46
5.1. A juridicidade do dever de boa administração no ordenamento português	46
5.2. O Princípio da Separação de Poderes.....	51
5.3. Existe então responsabilidade do Estado por violação do princípio da boa administração?.....	54

IV- Conclusões.....	55
V. Referências Bibliográficas e Jurisprudência.....	59

I- Introdução

Os tempos atuais fazem com que se reflita, cada vez mais, sobre a sociedade em que nos inserimos. A Administração Pública tem atravessado um longo caminho na procura por comportamentos eficazes e procedimentos menos dispendiosos – reflexos das crises económicas que nos têm assolado.

Em consequência do que se referiu, tem-se assistido a uma maior “cobrança” por parte dos administrados em relação àquilo que a Administração Pública apresenta. A isto, junta-se um Direito Administrativo em constante atualização, fruto das vicissitudes aliadas às necessidades dos cidadãos.

Perante este quadro factual, a escolha do tema versou sobre os caminhos que têm que ser percorridos para a responsabilização do Estado. Os comportamentos relevantes, o respeito pelos princípios gerais, enfim, tudo aquilo que nos conduza ao resultado final. E que se traduza nesse “sentimento” de que estamos perante algo gerador do conceito de responsabilidade. Mas, impõe-se que nesta dissertação se faça uma abordagem daquele que é um fator importante no caminho apontado: o princípio da boa administração.

Revela-se este princípio um verdadeiro propulsor e gerador da construção dogmática da responsabilidade do Estado. Mais, o seu estudo é de interesse superior, devido às alterações recentes que a nova Reforma do CPA implementou. Tal passo, é fundamental para a consagração do mesmo como um importante ponto essencial na forma como a Administração tem que agir. O sistema que abarca todos os princípios norteadores daquilo que é a ação administrativa, tem que absorver a necessidade imperativa de respeito pela boa administração, levando a objetivos consonantes com aquilo que os administrados esperam da sua Administração. Não se pode, no entanto, ignorar também o âmbito da discricionariedade administrativa, onde se concretizam os fundamentos de uma ação mais plena por parte da Administração Pública. A forma como se limita a própria discricionariedade acaba por se tornar um resultado relevante para se proceder a uma averiguação dos seus inteiros no âmbito da dissertação que nos propusemos a fazer.

É, com este espectro, que nos propomos a fazer uma análise cuidada. Numa primeira fase, das vertentes e naquilo em que se concretiza o princípio da boa administração,

relevando este na segunda fase, que se traduzirá numa análise do regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado.

Por fim, o objeto da dissertação passa por obter um ponto de vista crítico sobre este regime, bem como as construções que foram consagradas no nosso ordenamento jurídico, acabando por se revelar as mesmas em conclusões que se esperam pertinentes. Além disso, procurar pontos de contato entre a boa administração e as consequências da sua violação que acabam por ser geradoras (ou não) de responsabilidade administrativa.

Assim, terminado o exórdio, poderemos começar pela abordagem inicial ao dever/princípio da boa administração.

II- O dever de boa administração numa Administração Pública de resultados

1. O novo paradigma do Estado e da Administração Pública e o conceito chave de boa administração

Os novos paradigmas com que a Administração Pública se tem deparado, em muito têm influenciado as suas construções dogmáticas e as reformas estruturais que, ao longo dos anos, se têm verificado. A nova cultura do *corporate governance*, tem lançado um novo olhar sobre a própria responsabilização da Administração através de um controlo atento das suas condutas. Isto, interliga-se, justamente, com aquilo que se pretende com a consagração de um princípio da boa administração: um apelo ao bom andamento e funcionamento dos serviços, implementando boas práticas e formas mais condizentes com aquilo que deve ser preconizado num sistema administrativo mais eficaz. Mais, este tipo de ação é uma influência direta do chamado *New Publica Management*, de cariz anglo-saxónico, onde se procura a execução descentralizada e a prestação de serviços em regime de mercado, existindo agora uma organização por objetivos. Ou seja, há todo um novo conceito reformulado do que é, efetivamente, serviço público. Chama-se a atenção para o facto de esta nova dimensão determinar o surgimento de enfoques intrinsecamente ligados ao conceito que acima se referiu: a necessidade ou exigência de existir uma prestação de contas e, conseqüentemente, uma responsabilização da Administração pelas suas condutas que não estabeleçam padrões aceitáveis, àquilo que é o espírito da *good governance*.

A concretização deste tipo de condutas no CPA não tem sido o principal detalhe nas diferentes reformas que antecederam à atual: a lacuna a nível de planificação e efetivação dos princípios era um corpo presente, cabendo a construção dogmática apenas à doutrina e jurisprudência. Ora, com a nova concretização do art.5º do CPA, foi relevado o princípio da boa administração, denotando a exigência que agora existe na tomada de boas decisões por parte da Administração Pública. No entanto, a Comissão de Revisão do CPA entendeu que este não deveria ser elevado a direito fundamental, ficando ao critério do trabalho jurisprudencial administrativo a tarefa de estabelecer o valor jurídico deste princípio.

É notório o avanço que foi alcançado com a nova Reforma do CPA, relevando-se, de uma forma mais acentuada, os momentos da decisão e do procedimento, na tentativa de se granjear um menor foco de tensão entre a Administração e os administrados.

A ideia de boa administração é construída, no nosso ordenamento, com base em critérios de índole económica. Aliás, na análise ao artigo que consagra o princípio da boa administração, o art.5º do CPA, denota-se essa apologia à economicidade¹ que, como veremos, não esgotam a ideia de boa administração.

Começaremos por nos referir aos conceitos de eficiência e de eficácia, configurados pela Nova Ciência Jurídica Administrativa alemã, como dois conceitos-chave do Direito Administrativo atual.

1.1. Princípios da eficiência e eficácia

O princípio da eficiência tem grande relevo e contende com o fenómeno que tem feito parte do panorama administrativo português: a “economização” da Administração Pública e do direito administrativo. Tem sido exigido, ao longo dos anos, à Administração, uma atuação cada vez mais eficiente, inclusive em termos de plano organizacional, onde o direito administrativo tem encontrado conceitos e máximas de natureza económica. Obviamente, a juridificação do conceito de eficiência acabou por ocorrer, impondo, dessa forma, juízos valorativos sobre as atuações públicas, assumindo este, efeitos e consequências passíveis de ponderação. Ou seja, na análise deste conceito, no seu plano jurídico, devem ser ponderados entre si, bens jurídicos ou interesses legalmente protegidos, determinando assim um caminho de orientação jurídico-pública, que preconiza a satisfação do objetivo a alcançar com o menor envolvimento de lesões para os bens jurídicos em causa².

Ora, olhando para a Administração Pública como parte da estrutura de poderes públicos, vemos que assume particular destaque a relação de eficiência e eficácia. Mais, deteta-se a interligação inerente com a efetividade exigida na legitimação da própria Administração. Em termos económicos, apesar da similitude de semântica, acabam por ser conceitos com alguns traços distintos. Assume, neste particular, maior importância o conceito de eficiência, na medida em que remete para uma “*ausência de desperdício ou utilização de recursos económicos que se reportam ao nível máximo de satisfação possível*”

¹ Na redação do artigo lê-se: “1- A Administração Pública deve pautar-se por critérios de **eficiência, economicidade e celeridade**”

² Cfr. CALVÃO, Filipa Urbano, **O princípio da eficiência in** Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, A.7, 2010, págs.330 e segs.

com os fatores e tecnologia obtidos”³, sendo possível ser visto o conceito como “o uso eficaz dos recursos económicos disponíveis, de modo a que a eficiência global seja alcançada ao colocar a economia na fronteira entre as utilidades e possibilidades”⁴. Simplificando ainda mais o conceito, este ajuda a medir a qualidade com que atua um agente económico, com o intuito de cumprir certo objetivo determinado, minimizando o uso de recursos no máximo possível. Aferindo ainda a relação que eficiência, em termos económicos, tem com eficácia, leva-nos também a concluir que estamos perante um primeiro conceito muito mais específico e construído ao nível da já referida ciência económica, denotando uma especificidade que o segundo não tem. Interessa para o estudo, muito mais o conceito de eficiência (em termos jurídicos), uma vez que é constitutivo de ser uma manifestação administrativa da própria eficácia económica, visto determinar que as coisas para além de terem que ser bem feitas, têm mesmo é que ser efetivamente realizadas: “*eficiencia significa hacer bien las cosas, la eficacia supone hacer cosas*”⁵. Portanto, além do descrito, existindo este princípio da eficiência, permite-se, de certo modo que, se observe este, como uma regra orientadora de acesso a uma ponderação de valores e bens que definem a atuação administrativa, assumindo, portanto, a posição de chave mestra do sistema.

A eficiência faz referência, sobretudo, à aptidão do sujeito administrativo, levando a que este cumpra os fins e obrigações que lhe estão destinados. No entanto, não esgota o seu âmbito neste ponto, levando a que a sua abordagem se centre também na ação global da Administração e nas suas políticas públicas. Mas, isto contribui para o afastamento de uma realidade que deveria ser a mais correta em termos administrativos. Caminhamos, neste momento, para uma Administração demasiadamente mecanizada, focada no alcance inaudito dos resultados, libertando a ideia de uma Administração de mera execução. A

³ Cfr. SAMUELSON y NORDHAUS, Paul A. & William D. in Economía. Glosario de Términos, Ed. McGraw Hill, 14ª ed. *apud* ALFONSO, Luciano Parejo, **Eficacia y Administración – Tres estudios**, Instituto Nacional de Administración Publica, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pág. 93

⁴ Cfr. DEANE y KUPER, Phyllis & Jessica, **Vocabulario Básico de Economía**, Ed. Crítica *apud* ALFONSO, Luciano Parejo, **Eficacia. ob.cit.** pág. 93, acrescentando ainda três componentes essenciais ao conceito de eficiência. A saber:

- Eficiencia de intercambio, conforme a qual se produz un aumento, comenzando con la primera división de bienes de un círculo de personas, mejorando desta forma el intercambio de una delas, sin existir un agravamiento para peor das restantes envolvidas.

- Eficiencia de producción, conforme a qual se produz un aumento, dada determinada oferta de factores de producción, leva a que as proporciones dos factores utilizados em diversos bens se alterem com o intuito de produzir mais de cada bem.

- Eficiencia ao mais alto nível, que tem lugar quando, admitindo o alcance de níveis ótimos de intercambio e produção, ocorre uma mudança a partir de um determinado conjunto de bens para outro tipo, resultando daí uma melhora para todos os outros.

⁵ ALFONSO, Luciano Parejo, **Eficacia.. ob.cit.** pág. 94

obsessão pela eficácia é altamente valorizada, abstraindo o Direito Administrativo da sua real função, tornando-o puramente objetivo, formal e com altos níveis de impessoalidade. São necessárias, sem dúvida alguma, a eficácia e a eficiência como princípios orientadores e pressupostos óbvios de sucesso e efetividade mas, no entanto, é necessário devolver à Administração o seu carácter mais humano, ampliar o seu percurso como garantia dos direitos subjetivos dos seus administrados, levando a uma relação mais formal e preocupada, Consequentemente com uma ação mais concertada e, acima de tudo, mais pensada, consagrando a efetividade já abordada, nos termos mais equilibrados.

1.2. A transparência administrativa

Com um cenário político tão lotado de ideias e discursos vigorantes, o surgimento de conceitos tem ocorrido de forma alucinante. Assim, surge um que se afigura de análise e elemento chave das traves mestras do tema que aqui dissecamos: a transparência. Este, tem incorporado a construção dogmática da boa administração, para além de incorrer, de forma lógica, na de bom governo. Mais, assume-se como um dos princípios básicos e naturais da democracia, obedecendo a fins de interesse geral que o poder público prossegue. Isto, faz com que haja uma coadunação do conceito com a exigência de uma Administração acessível aos cidadãos, sem segredos que ponham em causa a sua liberdade, segurança e dignidade.

Este conceito não encontra uma tradição de expressividade no ordenamento administrativo português. Aliás, a referência expressa a este, é feita por intermédio de alguns artigos do CPA, não existindo uma consagração expressa do mesmo como princípio geral procedimental, nem como princípio geral da atividade administrativa. Realmente, a sua presença em artigos como o 14º e 201º do CPA, acaba por mostrar o seu alcance encoberto, na medida em que não se apura daí uma imposição de normas de conduta administrativa. Ter uma referência tão ténue na lei administrativa, quanto a este conceito, não deve dar azo a conclusões de que estamos perante uma inexistência de um princípio da transparência, enquanto comando orientador da atuação e organização administrativa. O facto de se encontrar algumas referências legais à ideia de transparência, pode e deve conduzir a que esta assuma a natureza de princípio normativo.

Como em tudo, existem certos limites que devem ser impostos e jamais ultrapassados. Alguns atos emanados da Administração não podem, nem devem, ser conhecidos. É um princípio que funciona nas duas vertentes: Nem o Estado deve saber mais

do que deve sobre os cidadãos, nem estes da forma inversa, levando a que se evite que haja uma visão de que a proteção de privacidade seja um mero capricho, tornando-se, portanto, algo fundamental para a proteção individual e longe dos abusos de parte a parte.

Para uma Administração ser transparente, deve presentear os seus cidadãos com a sua imagem, com uma difusão aberta e clara da sua atividade⁶. Ao fazê-lo, está a passar a mensagem de que há efeitos positivos na sua ação, que está próxima dos cidadãos, preocupada com os seus problemas. Com esta atitude, incita a um acompanhamento crítico e a uma procura, por parte dos referidos, das fraquezas e itens a melhorar, sabendo, assim de antemão, quais os comportamentos e medidas que devem ser adotados. As próprias campanhas publicitárias da Administração são um instrumento relevante na sua busca pela transparência. Além de evitarem o secretismo extremo, fortalecem a ideia de consolidação da imagem da Administração, realçando pontos de vista e posições dignas de debate social e discussões na opinião pública. Permite tal debate, o afastamento de críticas injustas à organização administrativa, bem como o surgimento de publicidades enganosas e prejudiciais dos serviços do Estado.

Relevando o que acima se descreveu, o cenário é propício a uma conclusão necessária e perentória: o princípio da transparência administrativa exige, sem margem de discussão, racionalidade, clareza e certeza na relação da Administração com os cidadãos⁷. Traduz-se esta afirmação numa clara exigência de existir uma Administração com a sua organização clara, com a distribuição de funções equilibrada e estável, que permite aos administrados entenderem o poder administrativo a que estão sujeitos. Deve ainda aliar aos referidos fatores, um sistema de órgãos perfeitamente adequado às necessidades e sem uma complexidade desmedida, longe do alcance cognitivo do cidadão comum. Se isto não suceder, estaremos perante uma Administração cheia de mecanismos e imbróglios incompreensíveis, o que acaba por levar a uma deterioração dos serviços, principalmente no âmbito de aceitação social. Deve a Administração ser, em sentido figurado, “uma casa de vidro”, onde tudo é transparente e visível aos olhos dos seus administrados, deixando assim ao alcance destes a sua lógica interna de organização e funcionamento⁸.

⁶ Cfr. MORENO, Fernando Sáinz, *Secreto y Transparencia in* Estudios para La Reforma de La Administracion Pública, Instituto Nacional de Administracion Pública, Madrid, 2004, pág. 167

⁷ V. MORENO, Fernando Sáinz, *Secreto y...ob.cit.* pág. 168

⁸ Cfr. ANTUNES, Colaço, “*Mito e Realidade da transparência administrativa*” in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró, vol. II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993, págs. 11 e segs.

1.3. Legalidade e moralidade administrativas

A Administração Pública pauta a sua atuação por critérios orientadores com aquilo que se coaduna com a ideia de uma atuação correta. Esta afirmação realça a necessidade de a Administração atuar de acordo com as normas e princípios que lhe são aplicáveis. Para além disso, atuar em prazo razoável, não podendo existir um sacrifício da legalidade em favor da celeridade de decisão. O conceito de boa administração terá que ter sempre presente a exigência de legalidade, de uma Administração conforme à lei. No âmbito desta questão, surge como alicerce, um princípio que complementa a procura de respostas quanto àquilo que é a atuação correta, para além daquela que tem de ser, obrigatoriamente, coberta pelo cumprimento do princípio da legalidade: o princípio da moralidade administrativa.

Este princípio concerne, principalmente, com a atuação individual dos funcionários e agentes da Administração Pública, na medida em que estes o devem considerar na tomada de decisões e prática de atos administrativos, que lhes dizem respeito.

O ato do administrador público deve conformar-se com a moralidade e as finalidades administrativas, por forma a legitimar a sua atuação. Atender a preceitos de ordem pública, assim como às exigências da lei, é um dos efeitos legitimadores e concretizadores da probidade/moralidade do agente administrativo. Por outras palavras, deve existir uma relação profunda entre a Moral e o Direito, que contende com o ponto onde estes dois mundos convergem: a Ética. Isto, acaba por levar à construção de bases para a teoria da moralidade administrativa. Aqui, refere-se que o administrador deve atuar na base da moral jurídica. Consagra-se, portanto que, para além de uma administração eficiente e capaz, é exigida uma administração honesta e com comportamentos dentro dos limites éticos.

Enquadrando historicamente, o surgimento deste princípio de moralidade administrativa, denota-se o seu aparecimento no séc. XX, em território francês. Pelas palavras de HAURIOU⁹, desenvolvendo esta visão de acordo com o instituto do *détournement de pouvoir*¹⁰, o conceito acima referido, de moralidade administrativa, é fundado no desvio de poder, onde se inclui a abordagem num contexto de fiscalização/policiamento de qualquer decisão administrativa, indo para além da análise de

⁹ HAURIOU, Maurice, **Précis de Droit Administratif et Droit Public**, 12ª Edition, Dalloz Edição, 2002 – pág.83

¹⁰ Segundo o qual, o fim do ato discricionário deveria estar vinculado a uma finalidade pública de utilidade ou interesse geral.

conformismo com a lei. Isto é, para além do necessário respeito pelo princípio da legalidade, deve existir uma atitude e decisão conformes aos princípios basilares da boa administração.

Estudado o conceito, entendia-se que, aliada à obrigatoriedade já pré-existente de o gestor atuar conforme ao que está prescrito na lei, este deve estar vinculado a um conjunto de regras de conduta pertencentes à disciplina interna de Administração Pública. Estas regras, para além de terem que ser seguidas, não precisam de constar minuciosamente na lei; necessitam sim, de uma exigível obrigatoriedade de conduta ética, de onde deve surgir assim o princípio de moralidade administrativa. Deve ainda, ser referido que este tipo de atuação é intimamente ligada à discricionariedade administrativa. O entendimento que se refere acima, remetia esta figura a um papel de limitação da própria discricionariedade, algo que a lei não poderia preencher¹¹. O seu surgimento no ordenamento brasileiro¹² demonstra a preocupação que foi surgindo com a atuação do ente administrativo, da sua relação com o cidadão. Esta moralidade é considerada um pressuposto de validade de todo o ato de administração. Na tomada de decisões, o agente administrativo “*tem de escolher, e não somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto*”¹³. Não pode, por isso, a moralidade ser apenas um processo decorativo desejável no processo administrativo. Tem de ser sim, um pressuposto e um dever, valendo a perceção de bem administrar, como uma verdade empírica e necessária a todo o ordenamento administrativo nacional. Ou seja, conclui-se que a moralidade e a legalidade não podem ser dissociadas.

Mas em Portugal, como se consagra um ato imoral? É controlável?

De facto, acaba por ser uma questão de relevo. Ao falarmos de atos dos agentes administrativos, ou melhor, dos seus funcionários e gestores, estamos a entrar no campo de ação da discricionariedade da Administração Pública. Tal factualidade remete-nos para a questão do controlo dessa atuação: uma vez que estamos dentro dos princípios gerais da atividade administrativa, o controlo jurisdicional existe, levando em consideração aquilo que nos indica o art.3º do CPTA. No entanto, é de entendimento consensual, em termos doutrinários, que este conceito de moralidade administrativa não deve limitar a atuação administrativa no pleno uso do seu poder discricionário. O apelo à sua natureza

¹¹ V. SOUSA, António Francisco, *A Discricionariedade Administrativa*, Editora Danubio, LDA., Lisboa, 1987, pág. 66.

¹² Art.37º Constituição Brasileira de 1988

¹³Cfr. BRANDÃO, António José, *Moralidade Administrativa in Revista de Direito Administrativo*. Vol. 25, Rio de Janeiro: Renovar, 1951, pág. 457

extrajurídica¹⁴ e ao facto de não ser um princípio concretizado como princípio geral do direito administrativo, faz com que se afaste a possibilidade de ser exercido o controlo jurisdicional do seu âmbito. Mas, na verdade, é importante não esquecer que o controlo interno da Administração é algo possível, cabendo ao particular as garantias administrativas, como por exemplo a revogação, fazendo face ao recurso aos tribunais administrativos.

Por fim, acrescenta-se que conceito de moralidade administrativa não foi apenas descrito com o objetivo de clarificar e assentar o verdadeiro alcance de uma boa administração. A sua amplitude levou a que fosse muitas vezes ligado ao termo boa governação, mais abrangente e aplicado, desde os anos 80, pelo Banco Mundial, com vista a proceder a uma relativa orientação da gestão pública dos países devedores. É um sentido *“economicista do termo, o qual vincula a boa governação aos seguintes princípios: transparência, participação, precaução, segurança, eficiência, responsabilidade, imputabilidade, integralidade, moralidade, rigor e sustentabilidade financeira”*¹⁵.

1.4. Má administração

Para o melhor enquadramento do princípio da boa administração, é necessária a análise do conceito de má administração. Atenderemos, para o efeito à atividade desenvolvida pelo órgão Provedor de Justiça Europeu.

Como definir o que é realmente uma má Administração? Que atos compõem esta definição tão negativa e depreciativa? O que deve ser considerado ou não?

Preocupado em desmistificar este conceito indeterminado, o próprio Provedor de Justiça Europeu, tentou esclarecer qual o ponto de referência no caminho para a correta definição abordada¹⁶. Assim, refere, que *“há má administração, sempre que um organismo público comunitário não atue em conformidade com as regras ou princípios vinculativos”*. Nota-se, portanto, uma tentativa do Provedor em limitar o seu poder de controlo aos casos de suposta ilegalidade, dele excluindo, e bem, uma apreciação *“de juízos de oportunidade que tenham orientado a atuação do decisor administrativo da União”*¹⁷.

¹⁴ V. SOUSA, António Francisco, *A Discricionariedade Administrativa...ob. cit.*, pág. 66 e segs.

¹⁵ V. SANTÍN, Janaína Rigo, *O Provedor de Justiça Europeu e a democratização das instituições comunitárias* in Revista Brasileira de Política Internacional, 2012, pág.156

¹⁶ Cfr. **Relatório anual Provedor de Justiça Europeu de 1995**, parte relativa à densificação conceito de má administração

¹⁷ V. DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia: Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurocomunitária**. Almedina, 2011, pág.277

Num plano anterior, surge o art.41º da Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sob a epígrafe “direito a uma boa administração”, onde identifica no seu nº1, critérios relevantes, exemplificativos, de alguma tipificação de “má administração”, pondo o seu âmbito num quadro de decisão parcial, iníqua ou adotada fora do prazo razoável. Com a consagração fundamental do direito suprarreferido, tornou-se obrigatório que os organismos decisórios europeus passem a agir no sentido de se conseguir uma concretização plena do mesmo nas suas ações. Tentou-se canalizar, assim, o termo “boa administração”, ligando-o aos princípios da moralidade, eficiência, informação, publicidade, participação e transparência.

Devido a uma crescente preocupação acerca da temática¹⁸, mesmo pela necessidade de estabelecimento de um padrão orientador de condutas administrativas por parte das instituições comunitárias, foi necessário concretizar um conjunto de práticas. Em resposta, é aprovado em 2001, pelo Parlamento Europeu, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa. Aqui foram compiladas, pelo Provedor de Justiça Europeu, recomendações e formas de atuação que guiam os organismos/instituições comunitários. Alargou-se, desta forma, a noção operativa de má administração a casos de conduta imprópria por inobservância das regras de cortesia¹⁹. Este, passou a ser um guia vital na vida administrativa dos entes administrativos europeu (e obviamente dos cidadãos), alcançando sucesso imediato, como o próprio Provedor assume no prefácio da compilação²⁰. Mais ainda, encontramos a ação do Provedor, na criação da Escola Europeia de Administração²¹, acentuando a sua preocupação com a questão em causa, participando em decisões de criação de instituições que melhorem a vida administrativa comunitária.

O enquadramento da má administração neste quadro, é um complemento lógico de raciocínio, uma vez que se apresenta como uma antítese perfeita daquilo que foi supramencionado. A própria omissão de comportamento/ação do sujeito administrativo tem

¹⁸ **Relatório anual do Provedor de Justiça Europeu de 2000**, ponto 3.8, relativo *aos relatórios especiais apresentados pelo Provedor ao Parlamento, acerca da necessidade de criação de um novo código de boas condutas administrativas*.

¹⁹ V. Art.12º Código Europeu de Boa Conduta Administrativa

²⁰ “Passou a ser também um instrumento vital para os cidadãos(..) Uma percentagem significativa das queixas recebidas todos os anos pelos meus serviços cita diretamente o Código (..)” Provedor de Justiça Europeu, P. Nikiforos Diamandouros, Prefácio, **Código Europeu de Boa Conduta Administrativa**.

²¹ Decisão do Parlamento Europeu, do Conselho, da Comissão, do Tribunal de Justiça, do Tribunal de Contas, do Comité Económico e Social Europeu, do Comité das Regiões e do Provedor de Justiça de 26 de Janeiro de 2005, relativa à criação da *Escola Europeia de Administração*. Esta é “responsável, por conta e no quadro das orientações fixadas pelas instituições signatárias da presente decisão, a seguir designadas «instituições», pela execução de determinadas ações de aperfeiçoamento profissional na ótica do desenvolvimento dos recursos humanos e do desenrolar da carreira”. Cfr. Art.2º da referida Decisão.

de ser encarada como um mau exemplo de como deve ser efetuada toda a tramitação administrativa, necessária a um equilíbrio perfeito de forças. Mais se refere que, esta ideia encontra também fundamento no próprio poder que os titulares dos órgãos detêm face aos particulares. O bom exercício de poder deve ser decorrente do simples cumprimento do seu dever na relação mencionada.

Interiorizando, a informação acima descrita, vemos que há uma intensa batalha doutrinal acerca deste conceito. É com larga dificuldade que se afasta a indeterminabilidade e natureza vaga adjacente ao mesmo. No entanto, os esforços que, ao longo do tempo se obtiveram, permitiram uma clarificação que, embora não seja plena, conduziu à criação de um padrão de boas práticas a seguir, levando a uma adoção das mesmas pelas mais diversas entidades, comunitárias e/ou nacionais²²

1.5. O dever de boa administração na jurisprudência europeia

Como vimos no capítulo anterior, a preocupação quanto ao conceito em questão, tem assumido um papel de relevo nas instituições comunitárias. Ora, como obviamente se conclui, essa preocupação foi se traduzindo num surgimento constante de base jurisprudencial acerca da matéria. Assim, após analisar os mais diversos processos e acórdãos, importa referir onde e como se apura este conceito.

Numa das suas vertentes, a mais importante a relacionar, é quanto ao princípio da eficiência, mais concretamente a garantia desta na Administração Pública. A consagração de um dever de boa gestão financeira, feita no Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção), de 22 de maio de 2007, processo T-500/04²³, que opôs a Comissão

²² Ainda sobre a má administração, acaba por relacionar-se, num dos seus vértices, com a dimensão temporal do direito à tutela jurisdicional efetiva. Deste modo, deve haver uma afirmação de um princípio de decisão em prazo razoável, confinando numa dimensão temporal adequada, a administração da justiça

²³ Breve descrição sumária do mesmo:

Neste acórdão, deparamo-nos com um quadro circunstancial onde, a Comissão Europeia lança um memorando. Esse, visava o financiamento de dois projetos transfronteiriços destinados a colocar em rede pessoas estabelecidas em diferentes países da Comunidade. Os projetos foram apelidados de «DDC» e «Donna». Ora, o problema acabou por residir no âmbito de celebração destes contratos de financiamento que a Comunidade Europeia (através da Comissão) celebrou com a IIC- Informations-Industrie Consulting, onde se comprometia a conceder um apoio financeiro que iria cobrir 50% das despesas elegíveis dos projetos em causa. Com base nos contratos assinados, pagou assim a Comissão à demandada, os adiantamentos que estavam estipulados. No momento em que a demandada procedeu aos pedidos de reembolso, devido ao início de realização do projeto, a Comissão nomeou peritos externos para avaliação do referido pedido, concluindo estes que os critérios de qualidade impostos, não tinham sido respeitados, impossibilitando os reembolsos requeridos. Acaba, portanto, a demandada por não concordar com tal resultado e recusa o pagamento à Comissão de valores exigidos por esta, levando ao conflito que iria ser discutido no acórdão, cuja decisão não se afigura relevante para ser mencionada.

Europeia contra a IIC Informations-Industrie Consulting GmbH, releva para que se apure que este é, de facto, um mecanismo e um meio para a obtenção de uma plena boa administração, cabendo obviamente aqui, parâmetros de eficiência. Deriva também deste ponto, o dever de boa gestão dos recursos comunitários, consagrado no Tratado de Funcionamento da União Europeia²⁴. Ora, analisando toda a argumentação, bem como o próprio dever já referido, chega-se à conclusão de que se pode retirar da sua génese, esta vertente do princípio da boa administração, que garante a já referida eficiência da Administração. Esta visão economicista de boa administração, é um dos passos da evolução deste princípio, permitindo a sua abordagem no caminho de prossecução de tutela de direitos dos cidadãos.

Este caminho, de tutela de direitos dos cidadãos, está intimamente ligado a uma consignação, determinada no Acórdão do Tribunal da Função Pública da União Europeia (Primeira Secção) de 30 de novembro de 2009, processo F-80/08. Opondo Fritz Harald Wering e a Comissão Europeia²⁵, onde se liga os direitos de defesa às exigências de boa administração²⁶, abrindo portas à visão de tutela que passa a dominar a orientação adjacente ao princípio da boa administração. Olha-se para este, portanto, não apenas como um princípio em si mesmo, mas também como um instrumento para a obtenção de tutela dos direitos dos cidadãos.

²⁴ Cfr. Arts. 287º e 317º TFUE

²⁵ Este acórdão teve como base o seguinte:

Na data dos factos levados a tribunal, o recorrente era funcionário da Comissão Europeia e exercia funções de diretor numa Direção específica desse órgão, Direção essa que dependia de uma Direção Geral. Ora, em 7 de Setembro de 2008, alguns órgãos de comunicação social, acabam por divulgar a ocorrência de 3 jantares entre o recorrente e jornalistas disfarçados de exportadores interessados nos procedimentos da EU e, consequentemente, da Comissão. Nesses órgãos, são divulgadas informações de que o recorrente terá divulgado informações relativas a processos em curso na Comissão, informações essas que não estava autorizado a divulgar. Em troca, receberia a oportunidade de colaborar com as atividades comerciais dos exportadores, ficando tudo isso a título de uma remuneração choruda. O recorrente, ainda segundo o artigo, só consideraria a hipótese, após a sua reforma.

Como consequência dessas notícias, o recorrente foi presente perante uma investigação interna da Comissão, tendo admitido a existência dos supostos jantares, não tendo dado conhecimento disso aos seus superiores. Admitiu ainda a cedência de informações, ressalvando que estas seriam semipúblicas e que, portanto, desprovidas de valor comercial. Para além disso, confirmou a versão de colaborar após a reforma.

No dia 11 de Setembro de 2008, é-lhe comunicada a previsão de aplicação de medida de suspensão, bem como a retenção sobre a sua remuneração. Foi também convocado para uma audição no dia seguinte.

Após adiamento dessa sessão, a 16 de Setembro de 2008, o recorrente é ouvido. Em consequência, a 18 de Setembro, acaba por ser suspenso por tempo indeterminado e viu serem retidos 1000€ por mês na sua remuneração, por um período máximo de 6 meses. Com isto, chegamos à decisão impugnada e sobre a qual versa o acórdão.

²⁶ Assenta a sua decisão numa anterior do *Tribunal de Primeira Instância* em 06/ 94, processo T-480/93, confirmada ainda pelo acórdão do *Tribunal de Justiça Europeu*, no processo C-32/95, *Colec.*, p.I-5373.

Para além deste caminho observado, a referência expressa ao princípio da boa administração é encontrada em alguns acórdãos. No entanto, destaca-se o Acórdão do Tribunal Geral (Terceira Secção), de 19 de março de 2010, processo T-50/05, *Evropaïki Dynamik vs. Comissão Europeia*²⁷, que realmente procede a essa referência, mas aponta para conclusões que invocam as exigências que advêm do princípio da boa administração. O princípio da transparência, segundo o Tribunal, “*visa garantir a inexistência de risco de favoritismo e de comportamento arbitrário por parte da entidade adjudicante*”, revelando que, implicitamente, as exigências de boa administração estão presentes. Mais, quando refere o dever de fundamentação como decorrente do princípio da boa administração, está a remeter o interpretador para as exigências supramencionadas, denotando, mais uma vez, a referência implícita a este princípio, que se encontra constantemente nos mais diversos acórdãos.

Por fim, no mesmo acórdão, encontramos a tal referência expressa, na medida em que é invocado pela recorrente uma violação do princípio da boa administração, devido a uma ausência de resposta pronta e adequada. Assim, a resposta do Tribunal, baseia-se numa outra anteriormente proferida²⁸, onde se entende que o princípio da boa administração engloba o dever de diligência, ou seja, as instituições comunitárias têm a obrigação de observar um prazo razoável na tramitação dos procedimentos administrativos.

Concluindo, vemos que a evolução deste conceito/princípio tem sofrido uma evolução constante, diferenciando os seus entendimentos nas mais diversas categorias de tipologia e afirmação instrumental do mesmo. O cuidado, por parte dos juristas, tem sido constante, alcançando este um estatuto de “super princípio”, na medida em que vários acórdãos retiram de si as mais diversas exigências procedimentais (e não só) para a

²⁷ O acórdão assenta nos seguintes factos:

Após decisão do Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, a Comissão deveria proceder à criação de um sistema informatizado de acompanhamento dos movimentos dos produtos sujeitos a impostos especiais de consumo (EMCS). Este, deveria ser criado em 4 fases, entre 2002 e 2009. Para a concretização e realização desse sistema, seria aberto um concurso público para adjudicação do contrato em causa. Seria, portanto, adjudicado à proposta economicamente mais vantajosa. A recorrente acabou por formular reservas quanto aos critérios e procedimentos de adjudicação, tendo procedido a um pedido de esclarecimento e prorrogação dos prazos para apresentação de propostas. Para além disso, acabou por apresentar, posteriormente, uma proposta. Em resposta, a entidade adjudicante considerou infundadas e improcedentes as reservas formuladas pela recorrente, recusando ainda o pedido de prorrogação do prazo. A recorrente, em resposta, volta a emitir reservas quanto ao procedimento de concurso, e respetivas normas de execução.

Após seleção do candidato que melhor encaixava nas condições exigidas, não sendo este a recorrente, a entidade adjudicante comunica essa decisão à referida. Acaba então a recorrente por pedir explicações quanto ao candidato vencedor, levando como resposta, uma série de relatórios de avaliação de propostas. Em sequência, acrescenta que o procedimento era contrário ao Regulamento Financeiro e à legislação aplicável, estando assim aqui o ónus do acórdão.

²⁸ Cfr. *Acórdão Tribunal de Justiça Europeu de 16 de Dezembro de 2008, Masdar (UK) vs. Comissão Europeia, processo C-47/07, p.I-9761, n.º92.*

prossecução de tutela de direitos e comportamentos inerentes e esperados por partes de todas as instituições administrativas e comunitárias.

2. O dever de boa administração: algumas conclusões

Nos tempos atuais, consagra-se na realidade administrativa, o conceito de gestão moderna. Ao apelidar-se desta forma a gestão da Administração, pretende-se que esta seja uma Administração flexível, com uma comunicação fácil e constante entre os intervenientes, para além de ir ao encontro dos fins inerentes às responsabilidades que lhe são atribuídas. Mais ainda, adota a Administração atual, certos princípios de gestão privada de empresas que atuam no mercado. Obviamente, deve a já referida Administração, atuar dentro da essência das funções públicas que fazem e produzem a sua razão de existir.

Este modelo, que se impõe às Administrações, faz com que certas situações denotem o positivismo que tal aplicação acarreta. Na execução das suas tarefas principais, a Administração irá executar as mesmas através de procedimentos rápidos e eficientes. Este espírito empresarial exige uma orientação da ação para resultados concretos, dentro de um regime concorrencial, inclusive entre Administrações, onde se procuram soluções reais e concretas, em detrimento de soluções meramente administrativas²⁹.

Acrescenta-se ainda que, a Administração, na sua atuação, deve dispor de margens de manobra, com o intuito de que sejam utilizados todos os recursos que permitem a obtenção e análise dos resultados que visam a satisfação dos seus cidadãos. Na análise e comparação aqui feita, é necessário estabelecer limites. A Administração não é uma empresa privada, apesar de, por vezes, adotar comportamentos destas. A aplicação dos princípios de gestão empresarial, não pode ignorar e desconhecer a sociedade em que a Administração se insere, muito menos os direitos e deveres dos cidadãos, que em muito são diferentes de meros clientes. As Administrações não estão sujeitas às leis do mercado, é um facto. Apesar de se falar de uma gestão por resultados, esta expressão deve ter um sentido distinto daquele que se procura obter no âmbito privado. As empresas estão sujeitas a regras que em nada se devem aplicar às Administrações. Ou seja, a Administração Pública está sujeita a regras constitucionais e políticas, nunca se sujeitando a regras do foro privado, tais como a livre concorrência, decisões tomadas consoante os ditames do mercado, entre outros. O seu

²⁹ Cfr. MORENO, Fernando Sáinz, *El valor de la Administración pública en la sociedad actual in Estudios para La Reforma de La Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, pág.107

objetivo não é o benefício económico dos seus pares, mas sim a promoção de condições para que a liberdade e igualdade do indivíduo e grupos em que se integra sejam reais e efetivas, removendo os obstáculos que impeçam ou dificultem a sua plenitude e, facilitando a participação de todos os cidadãos na vida política, económica, cultural e social³⁰.

Outro limite importante, e de referir, é a visão que se obtém dos cidadãos. Estes, não são clientes de uma empresa, mas sim titulares de direitos e deveres públicos. Esta posição do cidadão deriva das normas que regulam a atividade administrativa e não das regras impostas pelo mercado. De reter ainda, a existência de obrigações e prestações das entidades públicas, onde a sua regulação se encontra altamente ditada pelos critérios públicos. Para além disso, estes encontram a sua legitimação na realidade democrática vigente, traduzindo-se na criação de direitos e impondo obrigações de natureza pública.

A própria reforma administrativa que tem acontecendo ao longo dos anos, tem realçado a importância da boa administração, essencialmente, na forma como deve ser gerida e encarada, uma vez que importa e relaciona o seu enfoque nas inúmeras considerações que daí advêm – o conhecimento da realidade que regula, o impacto sociológico das suas decisões, as vertentes jurídica, económica e, mais importante de tudo, a expressão da cidadania³¹. Mais ainda, não se pode desassociar a ideia de boa administração da de bom governo. Estes dois conceitos devem aspirar, no seu objetivo comum, à colocação no âmbito da sua influência e sistema, a pessoa e os seus direitos fundamentais³². Ao abordar-se a questão por esta via, afasta-se os obstáculos que possam existir a uma boa confluência de opiniões e atuações. Olhar com essa mentalidade flexível, longe de bipolarizações ideológicas e capacidade de sintetizar e simplificar comportamentos, traduz tudo aquilo que deve ser uma atuação, onde as pessoas são a base das políticas públicas.

Desde a conceção do conceito de Direito Administrativo e seus pilares, que se engloba na sua construção a referência e apologia aos interesses públicos (incluindo os direitos fundamentais da pessoa), levando a que haja uma compreensão de boa administração com um aprofundamento e melhoras significativas na evolução do próprio conceito. Defende GIL³³ que esta boa administração é um serviço aos cidadãos, e não o magnânimo exercício

³⁰ Cfr. MORENO, Fernando Sáinz, *El valor de la Administración...ob.cit.* pág.109

³¹ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana, **El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas**, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 19

³² Cfr. MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana, **El Buen Gobierno...**, *ob.cit.* págs. 34 e segs.

³³ V. GIL, José Luis Meilán, *“El paradigma de la Buena Administración”* in Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº17 – 2013, págs. 236 e segs.

de uma prerrogativa na relação com os administrados. Acrescenta ainda o autor que, o ato administrativo, olhado como uma imposição unilateral, resulta do exercício de um poder e, por isso, deve ceder perante a prioridade dos direitos fundamentais. Com isto, não quer dizer que estejamos perante uma apropriação das competências públicas pela sociedade, mas sim no reconhecimento de que é necessária uma mudança na maneira da Administração exercer a sua função, de acordo com o Estado de Direito onde está inserida, e sempre com respeito pelo que os direitos fundamentais impõem aos poderes públicos.

O procedimento administrativo é mais um ponto a referir. Este é o garante e pressuposto para que se denote o cumprimento da obrigação de boa administração. É o verdadeiro potencializador da possibilidade de obtenção de decisões administrativas de qualidade e, em definitivo, *“como um elemento de legitimação das Administraciones Públicas”*³⁴. A Administração não pode tomar qualquer decisão. Aliás, essa forma de encarar a factualidade relevada, impede que existam decisões que tornem o ordenamento jurídico vulnerável. Esta deve adotar boas decisões, servindo os interesses maiores e gerais, da melhor maneira possível. Mesmo no exercício do seu poder discricionário, deve a *“Administración estar dotada das melhores condições possíveis para apreciar corretamente e com conhecimento de causa, o que é exigido pelos interesses gerais”*³⁵. Mesmo a ideia de boa administração, ou mais concretamente, o dever de boa administração, adota um *modus* de suposição de regra de conduta que deve conduzir e determinar a ação da Administração. De modo a não limitar completamente esta, mas impondo um autêntico dever jurídico de fazer, alcançando a necessidade do bom exercício da sua função³⁶. Explicitando o descrito, entende-se que, para além do necessário respeito pelo princípio da legalidade, deve existir uma atitude e decisão conformes aos princípios basilares da boa administração.

A ideia de boa administração não deve, inclusive, esgotar-se na forma de atuação da Administração, devendo também traduzir-se na própria organização administrativa. A preocupação que o Direito Administrativo deve manter com esta vertente, deve ser constante, funcionando também, como uma garantia para o particular. Esta questão, transcende o seu próprio âmbito, não se mantendo apenas no espectro doméstico da própria

³⁴ Cfr. SOLÉ, Juli Ponce, **Deber de Buena Administración y Derecho al Procedimiento Administrativo debido**, 1ª Edición, Editorial Lex Nova, 2001, págs. 127 e segs.

³⁵ SOLÉ, Juli Ponce, **Deber de Buena Administración y Derecho...** ob.cit. pág. 129

³⁶ *Ibid.* pág. 132

Administração. Refere GIL³⁷ que, a organização se traduz em normas jurídicas que revelam uma determinada conceção de Estado, delimitando, ainda mais, aquilo que se pretende demonstrar.

Ainda dentro deste capítulo, denotou-se diversos problemas que ao longo dos tempos têm surgido. Levantou-se uma certa corrente de reflexão sobre a necessidade de se abordar o modo como se encontra a cultura (gestão) tradicional das Administrações Públicas. Nas palavras de LOPÉZ³⁸, a cultura nas organizações públicas “*é entendida como o conjunto de princípios, valores e formas de atuação das Administrações Públicas*”. Acrescenta ainda, que continua a existir uma gestão tradicional e completamente enraizada na Administração geral do Estado, levando a situações onde subsistem “*velhas ideias com novas técnicas e novas ideias com velhas técnicas*”. Esta realidade levanta necessidades de modernização na gestão de certos serviços levando, mais uma vez, à satisfação de exigências de boa administração. É necessária uma nova flexibilização no combate a certos comportamentos que contribuem para a criação de estados obsoletos de ação administrativa. De certo modo, deverá considerar-se a possibilidade de adoção de medidas preventivas que abatem os efeitos negativos que daí possam advir. O aumento de exigência perante os funcionários também pode combater o que acima foi referido, mas deve existir a consciencialização de que o problema existe e, portanto, cabe aos intervenientes a ação de promoção e necessária remodelação dos modelos de gestão vigentes, concluindo um processo que se mostra, cada vez mais, imperativo.

O dever de boa administração há muito deixou de ser um mero almejo a algo mais, concretizando-se num direito fundamental comunitário, expressamente previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³⁹.

Traduz-se então, a nível comunitário, num direito intrínseco dos cidadãos europeus, direito esse, que garante que todas as instituições e órgãos da UE “*tratem os seus assuntos imparcial e equitativamente e dentro de um prazo razoável*”. Ou seja, daqui advém um objetivo claro: o de garantir o direito a toda a pessoa ser ouvida antes de medidas que a afete

³⁷Cfr. GIL, José Luis Meilán, *Prólogo a GALLEGU ANABITARTE, A. Derecho general de organización*, IEA, Madrid, 1971 *apud* GIL, José Luis Meilán, “*El paradigma de la Buena Administración*” in Anuario de Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº17 – 2013, pág.249

³⁸ Cfr. LOPÉZ, Francisco Javier Velázquez, *La cultura de gestión de los servicios públicos in Estudios para La Reforma de La Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, pág. 115

³⁹ Cfr. Art. 41 CDFUE.

diretamente; garantir possíveis reparações de danos provocados pela Administração; obrigação de justificar as suas decisões, entre outras vertentes protegidas pela norma.

Esta consagração como direito fundamental exige à Administração um comportamento muito mais diligente, adquirindo, por isso, uma maior força jurídica a toda a violação que possa ocorrer. Existe, portanto, uma responsabilidade que congrega uma sanção de forma necessária.

Concretiza-se, então, a ideia de boa administração, num conjunto de conceitos que devem ser ligados e concretizados em comportamentos imperativos para a Administração. Esta deve incluir um enfoque na transparência da sua atuação, na razoabilidade, celeridade e moralidade das suas decisões e, no respeito pela posição dos seus administrados. Mais ainda, deve encarar a sua função com o assumir de uma linha de atuação flexível, aberta a uma gestão ponderada de interesses públicos, interligados com o que acima se referiu. Todos os pontos que compõem esta construção dogmática de boa administração, devem ser relevados e não esquecidos, para que se chegue ao verdadeiro sentido que queremos aqui transmitir: o carácter fundamental que esta ideia deve revestir e ter no Direito Administrativo.

As conclusões, aqui retidas, são um ponto de partida para o capítulo que se inicia a seguir. A ligação entre o conceito de boa administração e a responsabilidade da Administração é quase umbilical. A construção do primeiro permite o apuramento e a concretização do segundo, ficando isto demonstrado nos capítulos seguintes.

III- Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado

1. Responsabilidade administrativa

1.1. Conceito de responsabilidade: considerações prévias

Em termos práticos, o conceito de responsabilidade acaba por dizer respeito à condição de alguém em ser responsável. Isto coaduna esta condição de responsável à capacidade de consciência quanto aos atos praticados de forma voluntária, ou seja, na capacidade de se conseguir saber antes de agir, as consequências da vontade manifestada. Consequentemente, com a consciência referida, acaba o agente por adquirir a efetiva

responsabilidade de proceder à reparação dos danos causados a outrem, danos esses, causados com a consagração dos seus atos.

A própria ideia de responsabilidade, num campo mais filosófico, surge no seguimento de trâmites da própria vida humana, no relevo do seu principal objetivo: a prosperidade e vida em sociedade. O conceito apura e infere no consciente do indivíduo, a sensação de pensamento de agir com o intuito presente de proteção futura da própria humanidade⁴⁰. Devemos implicar sempre, no conceito de responsabilidade, a ideia de que uma regra é violada, independentemente de esta ser de carácter moral ou de direito. Aliás, esta é a ideia base de responsabilidade jurídica. Mais, a inclusão e interligação entre o conceito de culpa e responsabilidade, é algo que não pode ser ignorado. É no âmbito mencionado que se implica e absorve a existência necessária de uma pessoa livre na sua vontade. Haverá sempre responsabilidade quando uma regra é violada com esse pressuposto, definindo a imputabilidade da conduta, surgindo a mesma (responsabilidade) como consequência de uma atividade ilícita ou contrária ao direito⁴¹.

É um conceito civilístico. Este é o ponto chave daquilo a que nos reportamos. É, acima de tudo, algo que todos nós já vivenciamos no nosso dia a dia, principalmente com os acidentes de carro. Assim, esta figura atua na medida em que, são provocados prejuízos a outrem e o ofendido encontra necessidade de ser ressarcido ou colocado na posição em que estaria, sem a lesão, “*seja através da reconstituição natural, seja mediante indemnização em dinheiro*”⁴². Leva isto à conclusão de que estamos perante uma fonte de obrigação, a de indemnizar, que é assim descrita no CC, nomeadamente nos seus arts. 483º e 562º. A responsabilidade civil existe para que a situação inicial dos particulares, antes do dano, seja reposta. Implica, deste modo, “*uma indemnização (direito à eliminação ou reparação, na medida do possível, do dano real); não uma compensação (direito a uma prestação patrimonial de valor correspondente ao de certo bem que a mesma prestação vai substituir no património do credor)*”⁴³. O que se exige, portanto, ao devedor, aquele que incorreu em

⁴⁰ JONAS, Hans, *O Princípio Responsabilidade - Ensaio de Uma Ética Para A Civilização Tecnológica*, Contraponto, Edição PUC-Rio, 2006, pág. 347

⁴¹ Cfr. GIGENA, Julio I. Altamira, *Responsabilidad del Estado*, Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Buenos Aires, 1973, pág.45

⁴² Cfr. FONSECA, Guilherme da, CAMARA, Miguel Bettencourt da, *A responsabilidade civil dos poderes públicos – a responsabilidade do legislador, do “juiz” e da Administração Pública*, Coimbra Editora, 1ª Edição, 2013, pág.17

⁴³ Vide a este respeito, ANDRADE, Vieira de, *Panorama Geral do Direito da Responsabilidade “Civil” da Administração Pública em Portugal*, in LÓPEZ-MUÑIZ, J. Luis Martinez e VELÁSQUEZ, Antonio Calonge (Coords.), *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos* (III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo Valladolid, 16-18 de Octubre de 1997), Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999, pág.42, nota 6

responsabilidade, é a reparação dos danos causados, mesmo que isso seja na forma de indenização. É, deste modo, que se encontra a finalidade reparadora, ou seja, a necessidade funcional de reparação do bem lesado e não o castigo pelo ato injusto, lembrando assim, a distinção entre as normas de responsabilidade civil e as de Direito Penal.

Apesar de ser esta a função mais inerente e lógica do instituto, o seu carácter preventivo e retributivo não deve deixar de ser relevado. Com a responsabilização daqueles que provocaram o dano, é clara a ação no âmbito de uma função preventiva e pedagógica, evitando a existência de novos comportamentos semelhantes, por parte desses mesmos agentes prevaricadores. Ao mesmo tempo, restabelece-se a confiança do cidadão na lei e o conhecimento que este acaba por ter do carácter tutelar das instituições judiciais.

1.2. Evolução histórica

Em termos históricos, a evolução tem sido denotada nas mais diferentes épocas. Desde logo, no império Romano, mais concretamente na época do Principado, imperava a ideia de irresponsabilidade do Estado. O imperador podia realizar legalmente os atos que julgava serem mais úteis à figura do Estado. Levava, tal determinação, a um completo desprezo por direitos privados que pudessem ser invocados contra o mesmo, muito menos era ponderada a ideia de indemnização. Tudo isto, era devido à incompatibilidade de tais pensamentos com a proclamação de um Estado onipotente.

Adiante, na época medieval, com o ideal do direito divino e advento da posse senhorial, tudo se coadunava com o conceito de impunidade. Os tribunais eram máquinas de produção de decisões bárbaras e sanções desumanas, levando a que o Estado não fosse responsabilizado e nem respondesse pelas atrocidades que se viviam. Aliás, perante a existência de algum dano lesivo de direitos, acabaria este por ser desvalorizado e justificado por motivos de força maior⁴⁴.

Estas realidades, obviamente, começaram a cair em desuso. Mas, o fator que determina a mudança de paradigma, acaba por ser a passagem de compreensão e aceitação do poder divino para o alinhamento com a ideia de poder emanado do povo. Claro, a irresponsabilidade do Estado não desapareceu. No entanto, já não se assistia a uma

apud AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol.II, 2ªEdição, Almedina, 2011, pág.678 e segs.

⁴⁴ GIGENA, Julio I. Altamira, *Responsabilidad del...ob.cit.*, págs.55 e segs.

impunidade absoluta do poder público. Esta afirmação, deveu-se à responsabilização do funcionário público, sendo que apenas este responderia por atos danosos e sobre o qual recairia a reclamação da indemnização correspondente. Acabaria por se concretizar isto nos mais diversos países europeus⁴⁵.

Com o decurso do tempo, estas ideias foram sendo ultrapassadas e chegou-se, pela primeira vez, a uma ideia de responsabilidade parcial do Estado. Esta tese assentava num princípio muito simples: o Estado é responsável por atos de gestão, mas não por atos de autoridade. Tudo isto, estaria intimamente ligado à distinção entre estes dois tipos de atos, bem como, a questões relativas às “faltas” pessoais e dos serviços.

Por fim, a evolução do conceito de responsabilidade do Estado finalizou no ponto em que nos encontramos nos dias de hoje: a responsabilidade direta do Estado. Chegou-se, portanto, à afirmação de uma responsabilidade direta e total da Administração, adequada à realidade global dos ordenamentos jurídicos existentes.

Com a Constituição de 1976, Portugal confirma a rutura com a ausência de responsabilização do Estado. De uma forma definitiva, acaba com o modelo de não responsabilização ou de insuficiente responsabilização dos poderes públicos. Com isto, não se advoga que as constituições monárquicas não detivessem algum tipo de preocupação com temáticas do género. Esta preocupação, apenas padecia de imperfeição e em nada satisfazia os objetivos que se pretendem alcançar atualmente, ou seja, a responsabilização direta do Estado. Aliás, apenas existia uma responsabilidade dos funcionários e agentes deste, não sendo ultrapassado este âmbito (como acima se vislumbrou com os mais diversos ordenamentos).⁴⁶

⁴⁵ Como bem descreve GIGENA: “*Em Inglaterra, por exemplo, existe o princípio: The king can do no wrong e neste sistema há uma verdadeira separação entre o Estado e a pessoa do agente ou funcionário; irresponsabilidade absoluta da Administração e, por sua vez, responsabilidade direta do funcionário ou empregado (...) Neste sistema considera-se o funcionário como um mandatário do Estado, e todo o facto que signifique a responsabilidade para este, implica uma verdadeira extrapolação do seu mandato (...) Na Alemanha todos os funcionários administrativos do Estado ou de outra corporação de direito público, são pessoalmente responsáveis pelos seus atos e omissões oficiais e esta responsabilidade está expressamente determinada por lei (...) Não só na Inglaterra vigora o princípio da irresponsabilidade do Estado, mas também noutros países cuja forma de governo é monárquica, por exemplo: a Constituição da Bélgica, Constituição da Grécia, do Reino Unido dos Países Baixos. E encontramos ainda outras cartas fundamentais que mantêm a ideia de origem divina do rei, assim por exemplo: o Reino da Dinamarca e de Marrocos*” in GIGENA, Julio I. Altamira, **Responsabilidad del...***ob.cit.*, págs. 56 e segs.

⁴⁶ Como podemos observar nos comentários de MANUEL AFONSO VAZ e CATARINA SANTOS BOTELHO, a preocupação nas Constituições foi crescente, havendo uma constante referência: “*Com efeito, o art.14º da Constituição de 1822 preceituava que “todos os empregados públicos serão estritamente responsáveis pelos erros de ofício e abuso do poder, na conformidade da Constituição e da lei”. Não se consegue ainda aqui vislumbrar um princípio de responsabilidade da Administração ou do Estado (...)*

Partindo para um plano infraconstitucional, existiram várias oscilações que permitiram a evolução para o regime atual. Estipulava o Código de Seabra de 1867, um princípio geral de irresponsabilidade do Estado e dos seus funcionários, excepcionando nas situações de práticas ilícitas, onde haveria responsabilidade pessoal dos agentes. Com a revisão do Código Civil de 1930, acabou por se introduzir o conceito de solidariedade na obrigação de indemnizar. No entanto, ao nível da Administração do Estado, optou-se por se consagrar a responsabilidade civil das autarquias locais por atos ilegais praticados pelos seus órgãos e agentes, a título, mais uma vez, pessoal. Ainda neste plano, encontramos o Código Civil de 1966 que, por seu turno, apenas remetia para o regime de responsabilidade do Estado, com as situações em que estava perante danos causados a terceiros no exercício de atividades de gestão pública, havendo uma omissão quanto a atos de gestão pública.

Conclusão, contida nesta descrição normativa no plano infraconstitucional, leva a que se adquira a noção de que sempre faltou um documento legislativo, que abarcasse toda a matéria da responsabilidade extracontratual da Administração Pública. Como resposta a esta preocupação e ausência de solução, surge o Decreto-Lei nº 48051 de 21 de novembro de 1967, com o intuito de suprir a lacuna. Aqui, era consagrado o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas no domínio dos atos de gestão pública. Não obstante isto, estava esta responsabilidade estruturada “*nos mesmos pilares da responsabilidade aquiliana, exigindo para o efeito o preenchimento cumulativo dos requisitos do facto ilícito, da culpa, do dano e do nexo de causalidade*”⁴⁷.

o art. 145º, 27º, da Carta Constitucional de 1826 dispunha que “os Empregados Públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões, que praticavam no exercício de suas Funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”. Por seu turno, o artigo 26º da Constituição de 1838 deixava claro que “os Empregados Públicos são responsáveis por todo o abuso e omissão pessoal no exercício de suas funções, ou por não fazer efetiva a responsabilidade de seus subalternos. Haverá contra eles ação popular por suborno, peita, peculato ou concussão” (...) Posteriormente, as Constituições de 1911 e de 1933 não mencionam especificamente esta responsabilidade dos funcionários públicos por danos praticados no exercício das respetivas funções. Na verdade, o artigo 3º da Constituição republicana de 1911 dispunha que “todo o cidadão poderá apresentar aos poderes do Estado reclamações, queixas e petições, expor qualquer infração da Constituição e, sem necessidade de prévia autorização, requerer perante a autoridade competente a efetiva responsabilidade dos infratores”, e o artigo 8º, nº17, da Constituição de 1933, salvaguardou apenas, em termos genéricos, “o direito de reparação de toda a lesão efetiva conforme dispuser a lei, podendo esta, quanto a lesões de ordem moral, prescrever que a reparação seja pecuniária”, Cfr. Comentário de VAZ, Afonso Manuel e BOTELHO, Catarina Santos in MEDEIROS, Rui (org.) & ALMEIDA, Mário Aroso, **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**, Universidade Católica Editora, 2013, págs. 30 e segs.

⁴⁷ Cfr. Comentário de VAZ, Afonso Manuel e BOTELHO, Catarina Santos in MEDEIROS, Rui (org.) & ALMEIDA, Mário Aroso, **Comentário...ob. cit.**, pág. 32.

Analizando, o diploma acima referido⁴⁸, encontramos um regime em que os métodos e mecanismos adotados para a responsabilização, apenas se dirigem à Administração Pública, deixando de parte a responsabilidade jurisdicional e a responsabilidade político-legislativa. Ou seja, tudo era encarado como questões administrativas, deixando tudo, nesse plano de resolução.

Na abordagem atual do conceito, devemos concentrar-nos, desde logo, num conceito que se assume como ponto base na construção daquilo que é a responsabilidade em termos jurídicos: o dano. Este, provocado através de um comportamento, tem que causar um prejuízo inerente, levando a que haja, por isso, a necessidade de quem o comete, de responder pelo mesmo. Aliás, olhando, objetivamente, para esta problemática e afirmação, encontramos um verdadeiro princípio base de justiça.

Temos ainda, um tipo de dano que se resume a um simples incumprimento normativo que, apesar de não comportar um prejuízo em sentido estrito, revela atuações que implicam sanções em termos legais. É visto, pela doutrina, como “*uma lesão da segurança jurídica e do próprio sistema legal que foi prejudicado pela conduta transgressora*”⁴⁹.

A responsabilidade deve ser encarada como a essência do Direito, uma vez que, se esta não existisse, as relações humanas eram livres de consequências, levando a uma afetação do carácter normal das relações de coexistência e harmonia social. Nada, nem ninguém, seria responsabilizado pelos seus atos prejudiciais a outrem. Na verdade, deve a responsabilidade traduzir-se na obrigação de indemnizar ou reparar os prejuízos que se causaram, para além de, se ter que arcar com a sanção prevista pela violação normativa consequente⁵⁰.

⁴⁸ Analisam, VAZ, Afonso Manuel e BOTELHO, Catarina Santos: “*Nos termos do nº1 do artigo 2º do Decreto-Lei nº48051, de 21 de Novembro de 1967, uma vez causados danos por atos ilícitos ou negligentes de titulares dos órgãos e agentes administrativos do Estado e demais pessoas coletivas públicas, no exercício das suas funções e por causa desse exercício, a responsabilidade impendia – de forma directa e exclusiva – sobre o próprio Estado/pessoa coletiva pública, apenas existindo direito de regresso se o ato tivesse sido praticado com negligência grosseira. Existia ainda responsabilidade solidária entre o lesante e o Estado/pessoa coletiva pública, na hipótese de os atos ilícitos terem sido praticados com dolo (artigo 3º, nºs. 1 e 2). Contudo, se os atos ilícitos tivessem sido praticados pelos titulares dos órgãos e agentes administrativos do Estado, excedendo os “limites das suas funções”, então a obrigação de indemnizar recaía, a título executivo e direto, sobre o lesante (artigo 3º, nº1)*” in MEDEIROS, Rui (org.) & ALMEIDA, Mário Aroso, **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**, Universidade Católica Editora, 2013, págs. 32.

⁴⁹ A este respeito, GUAJARDO, Enrique Morera, **Responsabilidad, Concepto jurídico y sus singularidades**, Ariel – Economía y Empresa, 2010, págs. 22 e segs.

⁵⁰ V. GUAJARDO, Enrique Morera, **Responsabilidad... ob.cit.**, pág.23

Ora, existem dois tipos fundamentais de responsabilidade, importantes para a dissertação: a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

A responsabilidade contratual consiste, em termos gerais, e como o nome indica, numa derivação do incumprimento de uma obrigação pré-existente, fruto da vontade das partes. Assim, resulta de um dever de conduta imposto por um acordo mútuo (vulgo, contrato).

Torna-se, portanto, pacífico afirmar que, é certo e sabido, do mais culto ao mais leigo dos cidadãos, que quem incumprir com uma obrigação assumida voluntariamente e no âmbito de um contrato, deve responder pelos danos causados às partes contrárias, estando por isso, perante o tipo de responsabilidade referido.

Quanto à responsabilidade extracontratual, conduz à ideia de obrigação de ressarcir, derivada das infrações de dever geral de não causar dano a outrem. Para além disso, remete para as obrigações independentes da vontade das partes (ou seja, não contratuais) que podem vir a ser impostas por lei. Traduz-se esta responsabilidade, no caso típico do dano causado por um automobilista que atropela um peão⁵¹.

Feita esta introdução, poderemos remeter-nos ao estudo descritivo deste último ponto, em concreto, quanto à responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas, não descurando a seguinte análise à problematização do art. 22º da CRP.

1.3. O art.22º da CRP: a constitucionalização plena da responsabilidade civil do Estado

A superação de todas as condicionantes e situações que encontramos no ponto anterior, sucedeu na atual Constituição, a de 1976. Isto acontece, devido à consagração no atual artigo 22º da CRP, de um princípio geral de responsabilidade direta do Estado e demais entidades públicas. Estabeleceu-se, portanto, um estatuto constitucional e uma autonomia que se tardava a conseguir.

A interpretação do artigo 22º deve ser feita de forma ampla, isto é, abrangendo a responsabilidade legislativa e judicial. Tal, é refletido nas seguintes situações: na referência

⁵¹ Cfr. GUAJARDO, Enrique Morera, **Responsabilidad, Concepto jurídico y sus singularidades**, Ariel – Economía y Empresa, 2010, pág. 99

liminar aos “titulares dos órgãos, funcionários ou agentes e na existência de preceitos constitucionais que aplicam à responsabilidade do poder legislativo e judicial, nomeadamente os arts. 117º, nº1 e 216º, nº2 da CRP. Posto isto, o princípio da responsabilidade “*emerge, assim como um corolário do princípio do Estado de Direito*”⁵². Com efeito, não deve o art.22º ser interpretado isoladamente, prevalecendo este enquadramento sistemático no âmbito dos preceitos constitucionais.

Este artigo normatiza a responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, levando a várias posições doutrinárias. Assim, a maioria da doutrina considera a responsabilidade das entidades públicas como um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias⁵³. Esta maioria defende e assenta a sua tese no facto de considerar que estamos perante um direito-garantia, que atribui o garante de reparação de danos causados aos direitos, liberdades e garantias pelos poderes públicos, revelando assim, a sua estrutura subjetiva de atribuição de direitos aos particulares. Outros autores⁵⁴, adotam uma tese predominantemente objetivista, defendendo uma não atribuição de direitos subjetivos por parte deste preceito constitucional, sendo por isso uma garantia institucional, associada ao funcionalismo público, que consagra o instituto da responsabilidade civil.

A jurisprudência nacional tem optado por prosseguir ao encontro desta última teoria descrita. Isto é observado no Acórdão nº236/04, de 13 de abril de 2004, onde a posição do Tribunal Constitucional se coaduna com a visão objetivista de garantia institucional⁵⁵(atestada esta posição também no Acórdão nº5/2005, de 5 de janeiro de 2005, e no Acórdão nº13/2005, de 12 de janeiro de 2005). Mais recentemente, o Tribunal Central Administrativo do Norte, em 22 de outubro de 2009, com base no processo 00467/08.9BECBR, adiantou e conclui que o artigo 22º da CRP integra o catálogo de direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, podendo ser invocado diretamente pelo lesado, indo assim contra o alinhamento objetivo, embora aproveitando

⁵² *Ibid.* Pág. 34

⁵³ Cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 5ª edição, 2012, págs. 177 e 178.

⁵⁴ Entre estes, ANDRADE, Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, 2012, pág. 136.

⁵⁵ A razão apontada no acórdão em questão, coaduna-se com a visão objetivista, na medida em que considera o Tribunal que a norma do art.22º da CRP é omissa quanto aos pressupostos da obrigação de indemnizar, levando assim a uma conclusão de que esta não atribui direitos, visto não ser “*dotada de uma particular densidade de estrutura*”. A mesma, não comporta os critérios do art.18º, nº1, nomeadamente nas suas imposições de vinculatividade e aplicabilidade directa. A posição aqui assumida, levantou um coro de críticas, uma vez que se considerou que esvazia o princípio da responsabilidade do Estado, pois da incompletude da norma não se deve retirar a negação da sua dimensão subjetiva.

elementos caracterizadores deste, só não considerando aqui a existência de um direito fundamental.

No nosso entender, o entendimento subjetivo da norma, é aquele que deve ser o mais correto, uma vez que, para além de ser a posição assumida pela maior parte da doutrina, a qualificação da norma como mera garantia institucional, parece-nos ser parca em argumentação, levando a que possa existir um impedimento na aplicação direta da norma, podendo até comprometer todo o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado⁵⁶.

Concluindo, o art.22º da CRP, consagra um princípio geral sobre a responsabilidade civil dos poderes públicos, levando à existência de um direito fundamental à reparação de danos, ou seja, um direito de defesa perante a agressão de um bem do lesado.

Dentro deste ponto, encontramos também uma questão que acaba por contender com aquilo que se está a abordar aqui: o art.22º, apenas consagra a responsabilidade civil por factos ilícitos? Ora, a doutrina diverge, tendo tanto autores a favor como autores com opinião contrária⁵⁷, levantando questões quanto a aplicação deste normativo a casos de responsabilidade civil por factos lícitos e pelo risco, argumentando-se contra, na medida em que se alega que não faz sentido aplicar este preceito às situações referidas, relevando apenas a responsabilidade do Estado por facto ilícito e culposo.

Concluindo, o art.22º acabou por se tornar num foco de discussão doutrinal, sendo o verdadeiro paradigma da concretização constitucional da responsabilidade do Estado.

⁵⁶ Ainda sobre este ponto, referem FONSECA, Guilherme da & CAMARA, Miguel Bettencourt da: *“Pese embora a norma do art.22º consagrar um direito fundamental, a mesma não deixa por isso de se traduzir numa garantia institucional, na medida em que impede o legislador ordinário de postergar o instituto da responsabilidade civil pública, o qual, enquanto instituição, é anterior à nossa Constituição de 1976” in A responsabilidade civil dos poderes públicos...* pág. 31

Esta posição acima referida, assume um carácter curioso, onde os autores acabam por “usar” os dois elementos caracterizadores dos movimentos doutrinários subjetivista e objetivista, podendo assim, abrir caminho a que haja uma posterior elaboração de uma teoria híbrida, com a conjugação dos diversos argumentos.

⁵⁷ A favor, cfr. GARCIA, Maria da Glória F.P.D, *“A responsabilidade civil do Estado e das Regiões Autónomas pelo exercício da função político-legislativa e a responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa”* in Revista do CEJ, 1º Semestre de 2010, Número 13, pág. 308: “Entendemos em face da leitura cruzada deste normativo [22ºCRP] com o disposto no art.62º, nº2, da Constituição, que prevê a expropriação por utilidade pública e impõe o «pagamento de uma justa indemnização», uma responsabilidade objetiva, por atos lícitos, e, bem assim, com a referência expressa no art.22º ao regime da solidariedade, que a responsabilidade civil objetiva não está abrangida pelo preceito (...)” *apud* FONSECA, Guilherme da, CAMARA, Miguel Bettencourt da, *A responsabilidade civil dos poderes públicos – a responsabilidade do legislador, do “juiz” e da Administração Pública*, Coimbra Editora, 1ª Edição, 2013, pág.36, onde também são referidos os autores que não partilham desta opinião.

2. A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: o atual regime da Lei nº67/2007

O Estado, como é correntemente compreendido, exerce os seus poderes dentro dos limites constitucionais e legais que se encontram estabelecidos. Consequentemente, e decorrente disto, surge a ideia de que o mesmo não pode incorrer em atos de ilicitude no pleno uso dos direitos e poderes que lhe são conferidos. Assim, deve desaparecer a ideia de um Estado irresponsável, acabando por nascer, deste modo, o princípio da obrigação do Estado em reparar todo o dano indevidamente produzido⁵⁸.

A produção deste dano determina uma violação de um bem comum, ou seja, o bem de toda a comunidade, levando a que tenha lugar uma indemnização. No entanto, antes de se proceder a uma análise de todo o processo que conduz a essa conclusão de indemnização, devem ser abordados aspetos essenciais para a compreensão da temática.

É importante referir e individualizar este conceito. Essa necessidade advém do facto de existirem variados conceitos de responsabilidade. Assim, a responsabilidade civil administrativa acaba por decorrer de circunstâncias, das quais emergem, para a Administração e para os seus titulares de órgãos, funcionários ou agentes, a obrigação de procederem a uma indemnização pelos prejuízos que possam causar a outrem, no exercício da sua atividade administrativa.

Qualificar esta responsabilidade como “civil” não contende unicamente com o objetivo de afastar o espectro do direito privado, mas sim qualificar a mesma longe dos conceitos de responsabilidade política, criminal, contraordenacional ou disciplinar. Estes conceitos remetem para fins diversos, não visando somente a reparação de danos⁵⁹.

Existem várias formas de classificar a responsabilidade civil administrativa: quanto ao título da imputação do prejuízo; à natureza da posição jurídica subjetiva violada e quanto ao ramo do direito pelo qual é regulada.

No que se refere à imputação do prejuízo, a responsabilidade civil pode ser delitual, pelo risco ou por facto lícito. A primeira vertente (delitual) decorre de condutas reprovadas pelo ordenamento jurídico. Devido a este fator, é denominada, também, por responsabilidade por facto ilícito e culposo. Quanto às restantes (pelo risco e por facto lícito), prescindem da

⁵⁸ V. GIGENA, Julio I. Altamira, **Responsabilidad del...ob.cit.**, pág.44

⁵⁹ V. REBELO DE SOUSA, Marcelo & SALGADO DE MATOS, André, **Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral**, Tomo III, D. Quixote, 1ª Edição, 2008, pág.11

referida reprovação, limitando-se a um enquadramento objetivo: a responsabilidade pelo risco absorve a objetividade na distribuição dos riscos sociais, ou seja, releva-se um dano que supera a esfera do risco do lesado, devendo outra pessoa responder por este, mesmo não tendo sido praticado no âmbito da ilicitude e culpa. Na segunda modalidade referida, a responsabilidade por facto lícito, encontramos condutas que se encontram em conformidade jurídica, mas que necessitam ou advêm de sacrifícios impostos e a exigida necessidade de estes serem compensados.

Quanto à natureza da posição jurídica subjetiva violada, a distinção, prende-se unicamente com a diferença entre contratual e extracontratual. A primeira, como bem o nome indica, decorre da violação de direitos de crédito decorrentes de um contrato. A segunda, da afetação de direitos subjetivos ou interesses protegidos por lei.

Por fim, no que se refere ao ramo de direito pelo qual é regulada, a responsabilidade civil pode ser por atos de gestão pública ou por atos de gestão privada. Ora, esta dicotomia, sempre foi motivo para largas discussões no espectro da discussão doutrinal e jurisprudencial administrativa. Aliás, é a grande discussão entre gestão privada e gestão pública que impera na resolução do problema. Mais, sempre acarretou discussões com consequências substantivas (“...a responsabilidade administrativa por ato de gestão pública era regida por disposições de direito administrativo; a responsabilidade administrativa por ato de gestão privada era regida por disposições de direito privado...”)⁶⁰ e processuais (“...a responsabilidade administrativa por ato de gestão pública era efetivada perante os tribunais administrativos; a responsabilidade administrativa por ato de gestão privada era efetivada perante os tribunais judiciais...”)⁶¹. Nos dias de hoje, este problema já não se coloca, uma vez que o ETAF acabou por submeter toda a responsabilidade civil administrativa extracontratual aos tribunais administrativos⁶².

2.1. Os âmbitos objetivo e subjetivos de aplicação da Lei nº 67/2007

⁶⁰ Cfr. REBELO DE SOUSA, Marcelo & SALGADO DE MATOS, André, **Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral**, Tomo III, D. Quixote, 1ª Edição, 2008, pág. 17

⁶¹ *Ibid.* pág. suprarreferida.

⁶² V. Art. 4º, nº1, al. g), h) e i) do ETAF

Com o devido enquadramento realizado, é possível elaborar uma análise mais concreta e cuidada do enquadramento jurídico da responsabilidade civil administrativa extracontratual, nomeadamente, o seu regime jurídico⁶³.

Ao regular e disciplinar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas coletivas de direito público, este regime jurídico está a determinar e delimitar o seu âmbito objetivo.

⁶³ Neste regime, não se pode concluir pela mera regulação da responsabilidade no âmbito da função administrativa. Noutras vertentes de responsabilidade, o regime encontra seguimento, nomeadamente:

- **Responsabilidade por danos produzidos pelo exercício da função político-legislativa:** Este tipo de casos de responsabilidade, apesar de não surgirem no plano de uma relação jurídica administrativa e fiscal, o ETAF, no art. 4º, nº1, al.g), estendeu o contexto atual da jurisdição administrativa aos litígios que tenham tal objeto. Pode, na leitura de tal preceito, ficar a ideia de que se quis afastar esta responsabilidade do ramo administrativo. No entanto, o já referido preceito, *“reconduz à jurisdição administrativa todas as modalidades de responsabilidade das pessoas coletivas públicas, limitando-se a acrescentar uma enunciação meramente ilustrativa das funções cujo exercício implica essa responsabilidade. Nesta perspetiva, não está, portanto, excluída da competência dos tribunais administrativos o julgamento de eventuais litígios relativos à responsabilidade por atos políticos, se nos termos da lei substantiva a mesma vier a ser consagrada”* – V. Comentário de CALVÃO, Filipa in MEDEIROS, Rui (org.) & ALMEIDA, Mário Aroso, **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**, Universidade Católica Editora, 2013, pág. 56

- **Responsabilidade por danos produzidos pelo exercício da função jurisdicional:** regulada pelos arts. 12º a 14º do RRCEEP, apesar de se encontrar restrição relativa aos danos causados ilicitamente. Assumindo o rigor necessário, o art.12º respeita, concretamente, à administração da justiça e, portanto, à responsabilidade pelo exercício da função administrativa. Com isto, falar de responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional, é levar em conta, e apenas, a ação ou omissão ilícita de magistrados judiciais e do Ministério Público. Na proposição de ações baseadas nesta função, contra o Estado, deve considerar-se estar perante o plano da jurisdição administrativa, relevando assim, o erro judiciário. No entanto, uma ressalva deve ser feita. O art. 4º, nº1, al. a) do ETAF, exceciona os danos causados por tribunais pertencentes a outras ordens de jurisdição, onde a competência caberá, assim, às respetivas jurisdições.

- **O caso específico da responsabilidade contratual administrativa:** com a leitura do art. 1º, nº2 do RRCEEP, torna-se legítimo associar e corresponder a jurisdição administrativa às ações e omissões produzidas no exercício dos quadrantes do poder público ou regulados por princípios de direito administrativo. O paradigma que aqui se utiliza, leva a que, à partida, se pense que tudo está englobado, ou seja, a responsabilidade extracontratual e a contratual. Não é bem assim. As relações contratuais, na sua morfologia repleta de complexidade, acabam por não facilitar a aplicação do regime da responsabilidade civil criado para as relações públicas. O acordo entre as partes e o facto de a maior parte dos litígios redundar em incumprimentos, justifica-se a aplicação de regimes específicos, acabando por afetar o propósito do regime já mencionado. Mas, o CCP, não contendo normas relativas à responsabilidade contratual, remete, no art. 325º, nº4, para o CC, assumindo a natureza idêntica do incumprimento de uma entidade pública e uma entidade privada.

Dúvidas podem ainda surgir, quanto a saber se ficam excluídos do presente regime (RRCEEP), os danos provocados pela violação de normas legais dentro da relação contratual, ou seja, os danos de violação direta da lei e não de um contrato. Aqui (âmbito de um contrato), a ilicitude resulta da violação de específicos deveres que as partes são obrigadas a respeitar. Podem, ainda, as normas violadas, interferir com interesses de terceiros, na execução do contrato. Mas, nesta hipótese, *“ainda aí se entende, mesmo no direito civil, que estão em causa deveres assumidos ou impostos no contexto de uma relação contratual, deveres ou prescrições normativas que definem os termos da relação entre as partes contratantes ou aspetos específicos relativos às prestações contratuais (...) Por essa razão, defende-se que a responsabilidade daí decorrente se reconduz ainda à responsabilidade contratual e está, portanto, fora do âmbito de aplicação do presente regime”*. -*ibid.* pág.59. Voltando à questão da violação de direitos de crédito decorrentes de violação de fonte legal, é de concluir que a sua apreciação cabe aos tribunais administrativos, nomeadamente os litígios que advêm de incumprimentos, desde que os contratos sejam: i) contratos administrativos e contratos públicos celebrados pelas entidades adjudicantes indicadas no CCP, cujo processo de formação está sujeito ao direito público; ii) contratos cujas relações jurídicas emergentes estejam submetidas a um regime substantivo de direito público, por imposição legal ou por vontade das partes – V. ALMEIDA, Mário Aroso de & CADILHA, Carlos, **Comentários ao Código do Processo nos Tribunais Administrativos**, Almedina, 3ª Edição, 2010, págs.23 e 24.

Ou seja, está a proceder para que aconteça “*a regulação da responsabilidade pública extracontratual, com a definição das regras específicas para tais sujeitos jurídicos pelas específicas funções e poderes que os mesmos têm a seu cargo, com a intenção de proteger os cidadãos, assegurando a eliminação ou compensação pelos prejuízos que lhes sejam infligidos por ação ou omissão dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes do Estado e demais pessoas coletivas públicas de direito público*”⁶⁴. Conclui-se, portanto, que aqui se regula a responsabilidade por ações ou omissões ilícitas, pelo risco e pelo sacrifício.

Como já foi referido, o regime alarga o seu âmbito, às regras sobre a responsabilidade civil extracontratual de pessoas de direito privado, uma vez que, os danos causados decorrentes do exercício de exigências de poder público ou que sejam regulados por disposições ou princípios de direito administrativo, cabem dentro daquilo que anteriormente se mencionou.

Quanto ao âmbito subjetivo, este demonstra estar amplamente definido, caracterizando-se e aplicando-se o regime ao Estado e demais pessoas coletivas públicas. Isto quer dizer que, para além da figura do Estado, no âmbito das atividades legislativa, jurisdicional e administrativa, também estão incluídas e sujeitas a este regime, as Regiões Autónomas, nomeadamente quanto às atividades legislativa e administrativa, “*bem como, no contexto da atividade administrativa, as entidades administrativas independentes, os institutos públicos, as entidades públicas empresariais ou empresas locais, os municípios e as freguesias, os consórcios administrativos e as ordens profissionais*”⁶⁵.

De acordo ainda com o artigo 1º, nº5, o regime engloba as pessoas coletivas de direito privado que “*atuem no exercício de prerrogativas de poder público ou se rejam pelas normas e princípios de direito administrativo, o que compreenderá todas as pessoas coletivas de direito privado criadas por entidades públicas (sociedades anónimas de capitais públicos), bem como entidades privadas que exerçam poderes públicos (no âmbito de concessões de serviços públicos ou de parcerias público-privadas)*”⁶⁶. De referir ainda que, a responsabilidade direta dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos, é relevada e coberta pelo regime. Tal situação ocorre quando a conduta destes, positiva ou

⁶⁴ V. Comentário de CALVÃO, Filipa in MEDEIROS, Rui (org.) & ALMEIDA, Mário Aroso, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013, pág. 54.

⁶⁵ *Ibid.* pág. 65.

⁶⁶ *Ibid.* pág. 65 e Cfr. Acórdão do Tribunal de Conflitos de 02/10/2008, Proc. 012/08.

negativa, danosa tenha sido praticada no exercício das funções administrativa e jurisdicional. Acresce, por fim, a verificação necessária dos pressupostos de culpa dos arts. 8º e 14º.

2.2. Responsabilidade administrativa por facto ilícito e culposo

Começamos a análise desta responsabilidade, primeiramente, pelo seu fundamento, que encontra duas tendências: um ponto de vista subjetivo que parte da vinculação da Administração Pública aos Direitos Fundamentais (art. 18º, nº1 da CRP) e pelo princípio do atendimento e respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos administrados; e um ponto de vista mais objetivo, contendendo com o princípio da legalidade. Conclui-se, por uma necessária concertação de ambos, para se aferir da proibição de provocação ilegal de danos na esfera jurídica dos administrados, com a devida indemnização referente.

Quanto aos seus pressupostos, são cinco, que necessitam de se verificar cumulativamente, sob pena de não haver lugar a responsabilidade por facto ilícito e culposo (embora possa existir outra modalidade de responsabilidade, principalmente por facto lícito ou pelo risco). Estes, encontram a sua consagração nos arts. 7º, nº1 e 8º, nº1 e 2 do RRCEEEP, os quais procederemos à análise devida:

1) Facto voluntário

Neste domínio, estamos perante comportamento derivados da vontade humana, comportamentos esses, que são geradores da responsabilidade por factos ilícitos e culposos. Mais, são atos em sentido próprio, que englobam as ações e as omissões. Para serem valorados na responsabilidade civil, as ações assumem a forma de regulamentos e atos administrativos, para além de se relevar as meras atuações administrativas. Quanto à responsabilidade civil emergente de omissões, apesar da referência geral nos diplomas legais, depende sempre da existência de um dever de praticar a ação que foi omitida, designado como dever de garante.

Apesar da exigência referida, as tarefas de polícia por parte da Administração Pública, acabam por determinar a sua predominância em maior escala na responsabilidade administrativa do que na responsabilidade civil em geral.

2) Ilícitude

O segundo pressuposto, é relativo às condutas de desvalor, que comportam um juízo negativo, derivado da avaliação que a ordem jurídica adota quanto ao

comportamento em questão. Mais, há a imperatividade de violação da legalidade, levando a que os atos praticados tenham que violar princípios ou regras constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras técnicas ou deveres objetivos de cuidado (art.9º, nº1 do RRCEEEP), bem como os comportamentos e condutas que violem os parâmetros pelos quais deve reger-se o normal funcionamento dos serviços (art.9º, nº2 do RRCEEEP).

A legalidade violada, deve ainda, consistir numa violação da norma que tutela a subjetividade da posição jurídica a que a lesão se encontra ligada e pela qual se pretende a reparação – tal posição, decorre do disposto no Ac. STA 31/05/2005, Proc.0127/03 e da parte final do art.9º, nº1 do RRCEEEP. Mencionam ainda, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, duas modalidades básicas de ilicitude: por violação de direitos subjetivos e por violação de normas destinadas a proteger interesses legalmente protegidos⁶⁷. Ainda acrescentam, os mesmos autores, a existência de causas de exclusão da ilicitude, derivadas não do RRCEEEP, mas sim da CRP, mais concretamente, dos princípios gerais em matéria de responsabilidade civil e dos princípios fundamentais da atividade administrativa⁶⁸.

3) Culpa

A culpa aparece como terceiro pressuposto, onde permanece a crença geral de preterição da diligência pela qual a lei “*exigia ao autor do facto voluntário e ilícito tivesse*

⁶⁷ Cfr. REBELO DE SOUSA, Marcelo & SALGADO DE MATOS, André, **Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral**, Tomo III, D. Quixote, 1ª Edição, 2008, pág. 21

⁶⁸ Relevam, os autores, neste ponto, quatro causas de exclusão da ilicitude:

- **Cumprimento de um dever:** associado a um cumprimento de um ato danoso. Isto, implica o conflito inerente com o dever de não provocar o dano, levando a que este seja resolvido pela ordem jurídica, na medida em que esta é que define qual o dever que deve prevalecer. O cumprimento deste dever prevalecente, acaba por justificar a ilicitude (exemplo: 271º, nº2 da CRP).

- **Estado de necessidade:** é um conceito utilizado no ordenamento jurídico português, apesar de nunca definido na totalidade. O legislador administrativo, com a consagração no art.3º, nº2 do CPA, adotou em larga medida os pressupostos do art. 339º do CC. No entanto, exige o artigo do CPA referido anteriormente, que o resultado visado pela atuação administrativa em estado de necessidade, não pudesse ser alcançado de outro modo, remetendo para o princípio da proporcionalidade a justificação da ilicitude. Ainda neste artigo, estabelece-se o dever de indemnização pelos danos provocados pela administração em estado de necessidade, levando a que a justificação da ilicitude compadeça numa situação de responsabilidade por facto lícito.

- **Consentimento do lesado:** como a própria semântica indica, o lesado oferece a sua permissão para que haja a produção do dano. Não há sentido na obrigação de o reparar se este foi devidamente autorizado por quem o sofre. Logicamente, nem todas as atuações administrativas englobam este tipo de exclusão, necessitando que o consentimento e a conduta, sejam permitidos em termos jurídicos.

- **Legítima defesa:** encontra o seu fundamento no art. 21º da CRP, em que todas as pessoas têm direito a repelir pela força qualquer agressão quando não seja possível recorrer à autoridade pública. Obviamente, esta forma de reação à agressão, padece sempre de conformidade com o princípio da proporcionalidade: “...*tem que existir uma agressão, atual ou iminente, que seja ilícita, a defesa tem que ser necessária, no sentido de não ser possível afastar a agressão de outro modo...*”

Cfr. REBELO DE SOUSA, Marcelo & SALGADO DE MATOS, André, **Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral**, Tomo III, D. Quixote, 1ª Edição, 2008, págs. 21 e segs.

pautado a sua conduta”⁶⁹. É um nexó entre o facto ilícito e a vontade do autor, levando à conclusão, de que este comportamento merece reprovação. As suas modalidades são, naturalmente, o dolo e a negligência, onde a primeira pressupõe a intenção de que determinado resultado danoso se produza (remetendo para os diferentes tipos de dolo); quanto à segunda modalidade, a negligência, traduz-se na violação, consciente ou inconsciente, de deveres de cuidado. Varia de negligência leve (art.7º, nº1 do RRCEEEP) a grave (art.8º, nº1 do RRCEEEP).

Neste ponto, a distinção referida por último, acaba por ser de extrema relevância, visto que, para existir responsabilização das pessoas coletivas administrativas, basta qualquer tipo de negligência, divergindo da responsabilização dos titulares de órgãos ou agentes, onde se pressupõe pelo menos, a negligência grave. Mais se acrescenta que, na sua aferição, o pressuposto da culpa deve ter em relevo os deveres funcionais do titular de órgão ou agente, levando a um respeito pela máxima *ultra posse nemo obligatur*, ou seja, ninguém pode ser obrigado a mais do que aquilo que é a sua competência e aquilo que são os limites da sua função.

Um pormenor relevante contende com a gradação do *quantum* indemnizatório, e na sua permeabilidade ao nível de culpabilidade. Através do art. 494º do CC, a indemnização é fixada equitativamente aos danos, podendo até ser inferior ao que corresponderia, fundando a opção na hipótese de mera culpa. Solução contrária adota o regime da responsabilidade da Administração por facto ilícito culposo, onde não se importa esta solução do Código Civil. Existe apenas uma limitação na obrigação de indemnizar o lesado, ficando esta, exclusivamente, no âmbito da responsabilidade civil por ilícito legislativo. Ressalva RUI MEDEIROS que, “*em contrapartida, (...) nada impede que, além de um regime mais favorável em matéria de culpa-pressuposto da responsabilidade civil, os titulares dos órgãos, funcionário ou agentes beneficiem ainda de uma limitação do âmbito da obrigação de indemnizar quando, embora atuando com diligência ou zelo manifestamente inferiores àqueles a que se achavam obrigados em razão do cargo, a ponderação das concretas situações do caso tornem desproporcionada ou excessiva a imposição de um dever de reparação integral dos danos...*”⁷⁰.

⁶⁹ *Ibid.* pág. 25 e segs.

⁷⁰ V. Comentário de MEDEIROS, RUI in MEDEIROS, Rui (org.) & ALMEIDA, Mário Aroso, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013, Pág. 271

Muitas vezes, a culpa da pessoa coletiva administrativa, inquina na atuação do titular do órgão, acabando por assumir-se como o fator determinante para a responsabilidade da referida. No entanto, existem fatores que levam a que o dano se produza em virtude de anormais funcionamentos dos serviços administrativos, tornando difícil o apuramento de qual foi o titular do órgão ou agente responsável pela sua origem. Ora, com a aplicação dos pressupostos da responsabilidade civil que agora estudamos, seria impossível efetivar os mesmos, desconhecendo-se o autor do facto e quais os comportamentos dolosos ou negligentes que levaram à produção do já referido dano. Assim, a solução encontrada pelo RRCEEEP, encontra-se consagrada no art. 7º, nº3 e 4, na medida em que acaba por acontecer a necessária e correta responsabilização da pessoa coletiva a quem pertença o serviço em causa, afastando a necessidade de apuramento da culpa individual do titular do órgão ou agente. Esta formulação tem sido apelidada pela doutrina como “teoria da culpa do serviço”.

(Ainda sobre a culpa, nota de rodapé)⁷¹

4) Dano

Este é um pressuposto base. É, sinteticamente, a diminuição ou extinção de uma vantagem que é alvo de tutela jurídica, decorrente da responsabilidade civil em geral, e por consequência, aplicável à responsabilidade civil administrativa. É um conceito concretizável em situações específicas, nomeadamente:

- *Danos emergentes e lucros cessantes*: a existência de vantagens na esfera jurídica do lesado, que se vê privado das mesmas com a lesão de que é alvo, ou seja, consagra-se aqui os danos emergentes. Quanto aos lucros cessantes, é pressuposto que o lesado teria, no momento em que a lesão foi efetivada, um direito ao ganho que acabou por se frustrar.

⁷¹ Importa referir ainda, a existência de presunções de culpa, assim como, a existência de causas de exclusão. O primeiro ponto é baseado numa regra geral, aferida na parte inicial do art.10º, nº2 do RRCEEEP, onde se exige sobre a culpa uma demonstração, cabendo ao lesado o ónus da prova da culpa do autor em relação ao dano produzido. São duas as presunções, que invertem o ónus da prova: quanto à prática de atos imateriais ilícitos e em caso de violação de deveres de vigilância (art.10º, nº2 e 3 do RRCEEEP) - Cfr. REBELO DE SOUSA, Marcelo & SALGADO DE MATOS, André, **Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral**, Tomo III, D. Quixote 1ª Edição, 2008, pág.28

As causas de exclusão da culpa, tal como na ilicitude, resultam da CRP, dos princípios gerais em matéria de responsabilidade civil e penal e dos princípios fundamentais da atividade administrativa. São duas:

- **Erro desculpável**: simples. Delimitado pela falsa representação da realidade, sendo desculpável quando não seja censurado pela ordem jurídica.

- **Estado de necessidade desculpante**: existe a conduta que lesa bens alheios e não preenchimento de requisitos de causa de justificação de ilicitude. No entanto, certos fatores ou circunstâncias levam a que existe uma exclusão da culpa do agente.

V. *Ibid.* págs. 28 e 29.

- *Danos presentes e danos futuros*: como a semântica indica, no primeiro caso, são aqueles que efetivamente ocorrem no momento em que se fixa a indemnização; quanto aos danos futuros, estes são aqueles que irão ocorrer, não estando presentes na altura da fixação da indemnização (564º, nº2 do CC).

- *Danos patrimoniais e danos morais*: mais uma vez, são conceitos que se reportam à lei civil, relevando para efeitos de danos patrimoniais, aqueles que são suscetíveis de avaliação pecuniária; os morais ou não patrimoniais são precisamente o oposto, ou seja, não podem ser avaliados pecuniariamente. Em relação a este ponto, o art.3º, nº3 do RRCEEP, remete para o disposto no art.496º, nº1 do CC.

5) Nexó de causalidade

O último pressuposto deste tipo de responsabilidade, contende com a necessária imputação do dano ao facto voluntário. Tal exigência advém do disposto nos arts.7º, nº1 e 8, nº1 do RRCEEP. Existe aqui, uma noção que aponta para uma relação estrita entre o facto e o evento, sendo este sempre a causa que, sem a qual, o último não tinha ocorrido. A teoria de causalidade que domina o direito português, com o direito administrativo incluído, é sobejamente conhecida como “teoria da causalidade adequada”, consagrada no 563º do CC e 10º, nº1 do CP, que nos aponta a imputação de um dano a um facto voluntário quando, perante a prática deste, em condições normais, fosse previsível a produção do primeiro. O mesmo se aplica em caso de omissão, apelando, no entanto, a um juízo de prognose necessário onde se avalia os conhecimentos específicos do agente, aferindo se estes lhe teriam permitido a dominância processual causal das circunstâncias anormais que se verificaram⁷².

Terminados os pressupostos da responsabilidade civil administrativa por factos ilícitos, devemos ainda referir uma pequena nota acerca da solidariedade entre os titulares de órgãos e agentes, nos casos de pluralidade de responsáveis. O art.10º, nº4 do RRCEEP remete esta questão para o art. 497º, nº1 do CC, que estabelece a solidariedade entre os

⁷² Uma nota deve ser feita ao chamado “nexo de comportamento lícito alternativo”, assumido pelos autores MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO como genericamente relevante. Vejamos: “o comportamento lícito alternativo é genericamente relevante, pois violaria o princípio da proporcionalidade a imposição ao lesante do dever de indemnizar um dano que, em qualquer caso, se produziria através da ação lícita; é, todavia, de exigir, uma demonstração absoluta de que o comportamento lícito alternativo não permitiria evitar o dano (...) Algumas das situações previstas na lei civil a propósito da relevância negativa da causa virtual podem abranger comportamentos lícitos alternativos (por ex., nos arts. 491º, 492º, 493º, 1 CC) - Cfr. REBELO DE SOUSA, Marcelo & SALGADO DE MATOS, André, **Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral**, Tomo III, D.Quixote, 1ª Edição, 2008, pág. 32 e segs.

responsáveis, contando ainda com o respetivo direito de regresso entre todos eles, dentro da sua medida de culpa.

2.3. Responsabilidade administrativa pelo risco

Este tipo de responsabilidade acaba por assumir um carácter geral e muito divergente na sua construção doutrinal. É aceite que, na posição do art.11º do RRCEEEP, estamos perante a teoria do risco de autoridade, fundando a responsabilidade na exigência de que quem tem o controlo sobre algo ou alguma atividade, deve responder e assumir os riscos que dela advêm. Apesar disto, deve referir-se que a situação referente ao risco-proveito encontra uma consagração neste regime, devido ao facto de a responsabilidade pelo risco ser somente das pessoas coletivas administrativas e não dos titulares dos órgãos ou agentes, uma vez que, o risco existe devido à necessidade de se beneficiar o fator determinante da atividade administrativa: o interesse público em detrimento do interesse particular.

Da leitura do artigo em causa, retiramos a expressão “*atividades ou serviços especialmente perigosos*”. Esta é a cláusula geral que adita o afastamento do carácter excecional da responsabilidade pelo risco. No entanto, como se deve proceder a esta qualificação? O que é uma atividade especialmente perigosa em termos administrativos? Com os riscos que atualmente conhecemos, em praticamente todas as atividades, o preenchimento deste conceito seria perfeitamente resolvido, uma vez que quase todas as situações configuravam o interesse valorativo da palavra “perigo”. É preciso uma análise da vivência social para se concluir que um verdadeiro comportamento desviante da normalidade é que pode configurar num serviço ou atividade inquinados pelo risco, ou seja, apela-se à análise da resolução razoável ser possível ou não, na situação em concreto. A perigosidade da atividade deve ser natural à mesma, realizando-se a análise num plano abstrato, determinando, se possível, os contornos concretos que a situação poderá acarretar.

A resposta que a doutrina encontrou, foi a aplicação de um duplo critério quantitativo e qualitativo. O primeiro critério, aborda a perspetiva através da ocorrência de danos, determinando a partir daí a especial perigosidade. Quanto ao segundo, releva-se a intensidade dos danos que são provocados. Então, com a conjugação destes dois critérios orientadores, deve-se apurar o verdadeiro significado e alcance do conceito abstrato de especial perigosidade, permitindo um melhor apuramento daquilo que é o ultrapassar o risco aceitável da vivência social, gerando a responsabilização consequente.

Passemos aos pressupostos da responsabilidade pelo risco, onde destacamos os seguintes:

1) Facto

Diferente da noção de facto da responsabilidade por factos ilícitos. Não podem ser os mais variados factos, passíveis de gerar responsabilidade pelo risco. Como se apreende no art.11º, nº1 do RRCEEEP, o facto tem que resultar de uma atividade, funcionamento de um serviço ou de uma coisa especialmente perigosa. São os factos perigosos que resultam de circunstâncias específicas e atinentes à vivência real da atividade administrativa, não se verificando na corrente atividade desenvolvida por particulares.

2) Dano

Contrariamente, ao regime anterior, onde nem todo o dano provocado por uma atividade excecionalmente perigosa gerava o direito ao seu ressarcimento. Surge a solução prevista no art.11º do RRCEEEP, defendida por MARGARIDA CORTEZ, que aponta ao facto de a referência à anormalidade do dano não ser condição necessária, visto ser um fator intrínseco da atividade a especial perigosidade que lhe é associada, não tendo sentido limitar o ressarcimento do dano, e por isso, serem ressarcíveis todos os danos decorrentes da já referida atividade perigosa⁷³. Não há, portanto, qualquer diferença relevante em relação à responsabilidade por factos ilícitos.

3) Nexa de causalidade

O nexa de causalidade, quanto a este tipo de responsabilidade, advém da expressão encontrada no art.11º do RRCEEEP, danos decorrentes, ou seja, o dano deve decorrer do risco inerente à atividade, coisa ou serviço, não podendo ser provocado devido a uma situação de utilização esporádica – “*tem de resultar especificamente dos perigos que estão associados àqueles*”⁷⁴. Aqui, apesar de se proclamar a teoria da causalidade adequada, não se pode afastar a teoria da proteção da norma, uma vez que existe o risco típico, caracterizado neste tipo de dano provocado, levando a uma correção da primeira teoria referida.

⁷³ CORTEZ, Margarida, *Contributo para uma reforma da lei da responsabilidade civil da Administração in Responsabilidade civil extracontratual do Estado, Trabalhos preparatórios da reforma*, 2002, págs. 262 e 263 *apud* Comentário de GARCIA, Maria da Glória & PORTOCARRERO, Marta *in* MEDEIROS, Rui (org.) & ALMEIDA, Mário Aroso, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013, págs. 308 e segs.

⁷⁴ *Ibid.* pág. 310

Como se pode concluir, são estes os pressupostos que caracterizam a responsabilidade administrativa pelo risco, não deixando de referir que, tal como a responsabilidade por factos ilícitos, padece esta de causas de exclusão, igualmente relevantes⁷⁵.

2.4. Responsabilidade administrativa por facto lícito

Esta situação, não prevista como responsabilidade no RRCEEP, visa ser olhada como um benefício do interesse público, em consequência de um sacrifício necessário de posições jurídicas subjetivas dos particulares. A administração acaba por ser responsável, independentemente, da ilicitude ou do risco. Decorre ainda, do princípio da justa distribuição dos encargos públicos, devido ao facto de comportar e determinar que os prejuízos adjacentes ao exercício de uma atividade que visa a prossecução do interesse público, devem ser suportados pela coletividade que beneficia desta, afastando a exclusividade do lesado neste capítulo. É a resposta dos órgãos e titulares de cargos da Administração que vão

⁷⁵ A responsabilidade administrativa pelo risco pode ser excluída em três situações muito específicas:

- **Caso de força maior:** as chamadas “*situações inevitáveis*”. Quando a doutrina se refere a este tipo de casos, está a mencionar as situações catastróficas, nomeadamente, cataclismos que destruam edifícios, serviços, entre outros. De salientar, que alguma doutrina ainda refere os casos fortuitos - Cfr. REBELO DE SOUSA, Marcelo & SALGADO DE MATOS, André, **Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral**, Tomo III, D.Quixote, 1ª Edição, 2008, pág.40 – onde se procede a uma noção de evento imprevisível, ainda que evitável se tivesse sido previsto, só levando a exclusão da responsabilidade quando a imprevisibilidade não permitisse a sua previsão, como referido.

- **Culpa do lesado:** aferida nos mesmos termos da responsabilidade por factos ilícitos. No entanto, a concorrência entre o risco e a culpa do lesado, é determinado pela decisão do tribunal que, poderá, ponderando as devidas circunstâncias concretas, reduzir ou excluir a suposta indemnização. É tido sempre em conta, o grau de culpabilidade do lesado, determinando por consequência, o montante a calcular.

- **Responsabilidade de terceiro:** é a situação referente ao facto culposo de terceiro que contribui para a produção ou agravamento do dano. Segundo MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS, a lei aponta, para além da responsabilidade por factos ilícitos de terceiro, para uma responsabilidade pelo risco nestes casos, ainda que diferente da anterior - REBELO DE SOUSA, Marcelo & SALGADO DE MATOS, André, **Direito Administrativo Geral**, Tomo III, 2ª Edição, pág. 507 *apud* Comentário de GARCIA, Maria da Glória & PORTOCARRERO, Marta *in* MEDEIROS, Rui (org.) & ALMEIDA, Mário Aroso, **Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas**, Universidade Católica Editora, 2013, pág. 313. Diferente opinião tem CARLOS CADILHA, que aponta para os casos de concorrência de responsabilidade objetiva, considerando aplicável o art.497º do CC, uma vez que o art. 11º do RRCEEP parece pressupor a culpa de terceiro. Dá ainda como exemplos a responsabilidade da Administração que decorre de autorização de atividades especialmente perigosas por parte de outrem – Cfr. CADILHA, Carlos, **Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado**, 2ª Edição, pág.225 *apud Ibid.* pág. cit.

Apesar do referido, o art.11º do suprarreferido diploma, apresenta uma solução nova, mais concretamente, a responsabilidade solidária da pessoa coletiva pública para com o lesado, ainda que seja atribuído direito de regresso no que exceder a sua responsabilidade. Existe a proteção da vítima quanto à insolvabilidade de terceiro, no entanto, pode tornar-se esta uma solução discutível, uma vez que o Estado acaba por assumir uma figura de segurador, indo além da sua própria responsabilidade – *Ibid.* pág.313.

Cabe assim, mais uma vez, ao tribunal aferir até que ponto o facto culposo foi gerador do dano, e determinar o montante de cálculo da indemnização a cargo da Administração Pública.

responder pelos prejuízos que vão provocar a quem paga os seus impostos, tomando o seu fundamento nos princípios consagrados na CRP (art.2º e 13º)⁷⁶.

Esta responsabilidade, abarca dois tipos de modalidades: a responsabilidade pelo sacrifício de bens pessoais e por danos causados em estado de necessidade e a responsabilidade civil pela legítima não reconstituição da situação atual hipotética.

1) Sacrifício de bens pessoais

Presente no art.16º do RRCEEEP, onde se procede a uma redução do âmbito de aplicação, limitando e excluindo as pretensões pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados. Para além disso, determina-se três pressupostos para a sua aplicação:

a) Facto voluntário

Os factos determinantes e objetivos deste tipo de responsabilidade, geradores de indemnização, são aqueles que se destinam finalisticamente à imposição de obrigações determinadas aos seus destinatários: atos regulamentares legais, atos administrativos legais, atuações materiais lícitas e as omissões legais. Ainda podem configurar como atos administrativos relevantes, aqueles que se configuram como impositivos de sacrifícios e os atos ablativos, como a ocupação temporária de terrenos, entre outros.

b) Licitude

Ora, para a responsabilidade por factos lícitos, na sua modalidade de sacrifícios de bens pessoais, fazer realmente *jus* ao nome, o facto voluntário deve ser, obviamente, lícito. Como o art. 16º do RRCEEEP não faz referência direta a este pressuposto, procurou-se encontrar um paralelismo com os preceitos respeitantes à responsabilidade por factos ilícitos e à responsabilidade pelo risco, recorrendo aos mesmos, para que, através da conjugação de ambos, se inferir a sua génese: *“No caso de responsabilidade por danos causados em estado de necessidade, a ilicitude da atuação administrativa tem que estar justificada por estado de necessidade, abrangendo todos os seus pressupostos e requisitos, designadamente a estrita necessidade da atuação administrativa para a obtenção do objetivo visado (que inclui a exigência de que ela seja ditada pelo interesse público, expressa no art.16º*

⁷⁶ - Cfr. REBELO DE SOUSA, Marcelo & SALGADO DE MATOS, André, **Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral**, Tomo III, D.Quixote, 1ª Edição, 2008, pág. 41

RRCEEEP); caso não haja justificação da ilicitude, recai-se na esfera da responsabilidade delitual”⁷⁷.

c) **Dano**

São danos muitos específicos, aqueles que englobam este tipo de responsabilidade. Em primeiro lugar, terão que ser danos de bens pessoais. Se se tratar de danos patrimoniais, como vimos *supra*, não se admitirá, uma vez que caem na esfera da indemnização pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados (embora se admita os danos em bens pessoais, somente em casos de estado de necessidade). Da leitura do art.16º *RRCEEEP*, os danos devem ser especiais e anormais, remetendo para os critérios que, oportunamente, referimos aquando do risco especial e funcionamento anormal de serviços (*supra*).

d) **Nexo de causalidade**

Tratam-se dos mesmos critérios da responsabilidade por factos ilícitos (*Cfr. supra*), devendo apenas ser analisada a expressão “*imponham encargos ou causem danos*”, do art.16º do *RRCEEEP*, de onde se retira o nexo de causalidade implícito na norma.

2.5. Responsabilidade pelo não restabelecimento legítimo de posições jurídicas subjetivas violadas

É um regime muito simples, previsto no art.2º, nº1 do *RRCEEEP*, determinado pelas situações em que os lesados, nas suas posições jurídicas subjetivas, têm direito a que as condutas que os lesaram, sejam efetivamente eliminadas e que a situação jurídica que anteriormente existia seja restituída. A lei, em certas ocasiões, admite que a situação não seja restituída, por tal, ser impossível ou inconveniente, mas impõe à Administração, o dever de indemnizar o lesado. Acaba esta indemnização por ser um meio suplente quanto ao restabelecimento da posição jurídica subjetiva afetada, não sendo o meio de ressarcimento de todos os danos provocados pela conduta ilegal da Administração. Com isto, passa-se a uma simplificação dos pressupostos desta modalidade de responsabilidade por factos lícitos, sendo apenas preciso que se verifiquem os pressupostos que validam o restabelecimento de

⁷⁷ REBELO DE SOUSA, Marcelo & SALGADO DE MATOS, André, **Responsabilidade Civil... ob.cit.** pág.43

posições jurídicas violadas e que seja determinada como pretensão legítima a sua não satisfação pela Administração.

3. A consagração no Direito da União da Responsabilidade Civil da Administração Pública Portuguesa

O atual regime em vigor, nos seus trabalhos preparatórios, ignorou de certa forma, o Direito da União Europeia. Fê-lo, “*não só em termos materiais – não conferindo – ao princípio um âmbito mais reduzido do que o âmbito que o Direito da União Europeia lhe confere – mas de igual modo em termos processuais – de forma a não tornar impossível ou excessivamente difícil a efetivação do princípio* (n.d.a: princípio fundamental da responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas) *e a obtenção da indemnização através dos tribunais estaduais competentes*”⁷⁸. Ora, esta realidade foi ignorada, nos seus aspetos mais essenciais, nascendo assim, um regime desconforme com o princípio da lealdade comunitária e princípio do primado. Mais, tal desconformidade verificou-se (e continua a verificar-se) ao nível de todas as funções do Estado: administrativa – factos ilícitos, jurisdicional e político-legislativa.

Analisando, a desconformidade quanto à vertente que nos interessa, vemos que em relação à função administrativa, esta traduz-se nos seguintes aspetos anunciados, por MARIA JOSÉ MESQUITA⁷⁹:

- I. “*na omissão, no conceito de ilicitude para efeitos de responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa, de qualquer referência ao Direito da União Europeia, nomeadamente direito originário e direito derivado*”.
- II. “*(...) na remissão genérica para «os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário» sem determinação expressa do regime em causa e da fonte relevante de Direito da União Europeia*”.
- III. “*na omissão de qualquer referência ao requisito comunitário da violação suficientemente caracterizada ou violação manifesta, bem como aos*

⁷⁸ Cfr. MESQUITA, Maria José Rangel de, *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*, Almedina, 2009, págs.27 e 28.

⁷⁹ *Ibid.* págs. 28 e 29.

elementos relevantes para a sua aferição, quando o incumprimento é imputável à função administrativa”.

Como se observa, a violação do Direito da União é um problema que agrava a situação atual, nomeadamente, no plano de conformidade e lealdade a que os Estados Membros estão vinculados. Não se tornava necessário que o legislador fizesse uma referência, expressa ao princípio comunitário da responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia, bem como a alguns dos requisitos fixados pelo TJUE. No entanto, houve um alheamento legal, ignorando o legislador nacional por completo o que se referiu. Tal desconformidade põe em causa a certeza jurídica, devido ao facto do Estado Membro estar obrigado a respeitar o Direito da União Europeia, traduzindo-se esta omissão, na consagração de um regime não conforme com a Ordem Jurídica Europeia.

Apesar da referência básica que faz «*aos requisitos de responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário*», limita muito o âmbito da responsabilidade, ficando esta definida apenas “*por danos decorrentes da função administrativa por facto ilícito e apenas no âmbito de procedimento administrativo de formação dos contratos referidos no art.100º do Código de Procedimento dos Tribunais Administrativos (...) por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional e da função político-legislativa*”⁸⁰.

Em suma, o regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas, não poderia ter ignorado a transposição necessária e exigida pelo já referido Direito da União, uma vez que dispunha de diversas opções metodológicas para o fazer⁸¹. Conclui-se, portanto, que as referências ao Direito da União que a Lei nº67/2007 acaba por fazer resumem-se a somente três situações: duas claramente consagradas – art.7º, nº2 RRCEEP, e no art.15º, nº1 do Regime anexo à lei – e uma implicitamente presumida – no art.15, nº4 do mesmo Regime.

⁸⁰ MESQUITA, Maria José Rangel De, O Regime da Responsabilidade... **ob.cit.** pág.32

⁸¹ Indica MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA as seguintes opções:

- 1) Excecionar do regime legal nacional a responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia, aplicando-se o regime comunitário que prima sobre o direito nacional;
- 2) Contemplar no novo Regime legal uma remissão expressa legal para o regime comunitário e respetivos requisitos, designadamente através de uma disposição para o efeito, de carácter geral ou pormenorizada, inserida em sede geral ou em sede dos vários regimes contemplados na Lei quanto às diversas funções do Estado.

In Ibid. pág. 31

4. Responsabilidade penal do Estado (breve reflexão)

Ao longo da história, o Direito tem assistido a vários avanços e recuos quanto a este tipo de responsabilidade levando a que, em muitas ocasiões, esta fosse admitida, e noutras, fosse rejeitada. A doutrina portuguesa tradicional não escapou a esta realidade, tendo defendido, na maioria dos casos, a inadmissibilidade da responsabilidade penal das pessoas coletivas.

Variados argumentos têm sido elaborados, uns a favor, outros contra. Um dos que devemos referir, reporta-se a uma construção de SAVIGNY, que se opunha a esta responsabilidade, relativa à natureza jurídica e ausência de personalidade destas entidades. Apelidada de teoria da ficção, *“defendia que todo o direito existe por causa da vontade e liberdade moral do homem e que apenas os homens podem ser sujeitos de direitos. Por um lado, esta tese individualista considerava que o conceito de sujeito de direito se reduz ao conceito de ser humano, baseando-se no sentido ético-filosófico da noção de personalidade da filosofia kantiana. Por outro lado, esta teoria entendia que, ao contrário do homem que existe por criação da natureza, a pessoa coletiva resulta de uma exigência legal e, por isso, é uma entidade incorpórea e abstrata e uma ficção criada pelo Direito, incapaz de querer e de atuar por si mesma (...) entendia-se que os delitos imputados às pessoas coletivas são praticados pelas pessoas físicas que as integram e que a personalidade jurídica da pessoa coletiva está sempre dependente dos seus representantes e membros, o que impede que se admita a responsabilidade penal destas entidades”*⁸².

Mas a argumentação não se esgotou na vertente da natureza jurídica, relevando como argumento contra, o caminho relativo à licitude dos fins sociais da sociedade e à limitada competência dos órgãos. Esta teoria entendia que, *“não podemos aceitar como juridicamente reconhecida uma pessoa coletiva cujos objetivos sociais estão ligados à prática de crimes, como também não podemos admitir que os órgãos que praticam factos ilícitos os praticam dentro das suas competências. Recusando a existência de sociedades com um objeto social ilícito, esta teoria defendia que não se pode responsabilizar criminalmente as pessoas coletivas, nem se pode aceitar que os órgãos que violam a lei atuam como órgãos, atuando, antes, fora das suas funções”*⁸³.

⁸² Cfr. ASSUNÇÃO, Filipe Vasconcelos, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – Em Especial a Problemática da Culpa*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica, Lisboa, 2013, pág. 14

⁸³ *Ibid.* pág.17

Olhando para esta argumentação, não concordamos de todo com estas posições. Estas doutrinas que se opõem, defendem que os atos praticados contra o Direito, são atos individuais, da responsabilidade dos indivíduos, não se podendo responsabilizar a sociedade ou entidade que estes integram. Revela-se um dado dúbio, levando-nos a questionar: porque é que se atribui então personalidade jurídica a pessoas coletivas? Se o fazemos, estamos a aceitar que a responsabilidade penal destas é uma realidade, cabendo assim depois ao ordenamento, a criação de estruturas para o correto desenvolvimento e aplicação do instituto.

Mais argumentos poderiam ser invocados, mas seria necessária uma maior concentração no tema, ou mesmo uma dissertação centrada neste. Assim, ficaremos apenas por uma abordagem geral da responsabilidade penal das pessoas coletivas de direito público, em Portugal, cabendo definir os traços gerais em que esta se traduz.

Com isto, devemos partir para uma análise do art.11º, nº2 do Código Penal. Este artigo diz-nos, que o Estado, outras pessoas coletivas públicas e as organizações internacionais de direito público, não estão sujeitas a este regime. Quanto ao Estado, olhando para este como o detentor do poder punitivo, é perfeitamente aceitável a posição, por forma a evitar que existam confusões entre a entidade que pune e a entidade que comete as infrações. Como tal, a isenção deve existir. No entanto, a decisão de não incluir as pessoas coletivas de direito público, tem levantado bastantes controvérsias, não oferecendo consensos na doutrina, destacando-se a vertente negativa: *“Assim, a favor desta exclusão invoca-se, por um lado, o facto das pessoas coletivas públicas não poderem ter uma intenção criminosa porque toda a atuação da administração pública visa a realização dos interesses e dos fins lícitos do Estado. Por outro lado, defende-se, ainda, que as pessoas coletivas públicas não podem ser alvo de alguns tipos de penas por força da sua natureza, invocando-se o exemplo das penas de multa que seriam sempre pagas com o património público, o que comprometeria as finalidades das penas”*⁸⁴.

⁸⁴ MEIRELES, Mário Pedro, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas ou Entidades Equiparadas na Recente Alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro: Algumas Notas*, Revista Julgar, Associação Sindical dos Juízes Portugueses, N.º 5, Maio-Agosto, 2008, págs. 124 e 125; SILVA, Germano Marques da, Responsabilidade Penal das Sociedades e dos Seus Administradores e Representantes, Lisboa, Verbo, 2009, págs. 212 e ss, *apud* ASSUNÇÃO, Filipe Vasconcelos, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – Em Especial a Problemática da Culpa*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica, Lisboa, 2013, pág. 74.

Esta visão, não é a partilhada por nós. Aliás, concordamos claramente com a posição assumida pelo autor FILIPE VASCONCELOS ASSUNÇÃO⁸⁵, refutando, claramente, a posição que está presente nas linhas acima transcritas. A responsabilidade das pessoas coletivas de direito público devia ser uma realidade, pecando a nossa lei por não incluir as mesmas, neste regime.

Outra particularidade, contende com o facto de se ter elaborado um elenco de crimes, que podem ser imputados às pessoas coletivas, limitando desta forma os comportamentos delituosos, estando o catálogo presente no art.11º, nº2 do CP. Com isto, apura-se que não existe uma especificação de criminalidade para estas entidades, estabelecendo-se assim um critério de difícil aferição e com uma punição, resultante de opções meramente legislativas e sem orientação jurídico-penal.

Conclui-se, nesta breve reflexão, que o problema carece de resolução e, apesar de os esforços pelo esclarecimento de algumas vertentes desta responsabilidade, a controvérsia irá continuar no seu persistente caminho.

5. Pode o Estado ser responsabilizado pela má administração?

5.1. A juridicidade do dever de boa administração no ordenamento português

Ao entrar neste ponto, assumimos que a problemática é centrada na capacidade do princípio/dever de boa administração de impor o seu papel como princípio de controlo jurisdicional. Isto tem levado a que a discussão se baseie na juridicidade deste dever.

No entanto, para se entender o seu carácter intrínseco à responsabilidade do Estado, ou melhor, a forma como se gera a responsabilidade deste, devemos proceder a um enquadramento daquilo que realmente se pode obter com a procedência no Direito Administrativo português da juridicidade referida. Ora, com o advento de um princípio da

⁸⁵ Assim afirma: *A verdade é que existem pessoas coletivas públicas de carácter empresarial que possuem um estatuto análogo às pessoas coletivas de direito privado e que deveriam estar abrangidas pela responsabilidade penal, não havendo razões para as excluir. É o que acontece, principalmente, com as entidades públicas empresariais, as entidades concessionárias de serviços públicos e as pessoas coletivas que exercem prerrogativas de poder público (...) a atuação das pessoas coletivas de direito privado não é muito divergente da atuação da maioria das pessoas coletivas públicas, o que demonstra que esta exclusão conduz a uma grave violação do princípio constitucional da igualdade*” in ASSUNÇÃO, Filipe Vasconcelos, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – Em Especial a Problemática da Culpa*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica, Lisboa, 2013, pág. 74.

legalidade num sentido mais lato, a atividade administrativa acaba por ser sujeita, também, aos direitos fundamentais e aos princípios gerais do direito administrativo, acabando por deixar de ser exclusivamente limitada pelo princípio da legalidade em sentido mais estrito. Concretiza-se tal raciocínio na própria discricionariedade administrativa que, com esta visão mais ampla do princípio da legalidade, acaba por ficar limitada pelos fatores que acima se referiu⁸⁶. Ora, isto leva ao passo seguinte: se o controlo jurisdicional com base nesta consagração de juridicidade dos princípios gerais do direito administrativo é gerador de responsabilidade, a violação do princípio/dever da boa administração é um fator que gera responsabilidade do Estado. Deste modo, é imperativo entender aquilo que se tem feito e estudado sobre o assunto, possibilitando a necessária conclusão.

Como tal, a doutrina em geral, tem entendido que a Administração está vinculada e sujeita a este dever. Relaciona-se isto com a tentativa de se encontrar a solução que melhor sirva o interesse público. Contudo, este dever é apelidado de dever jurídico imperfeito, uma vez que, existe uma ausência de sanção jurídica. DIOGO F. DO AMARAL, entende que a atividade administrativa deve traduzir-se em atos cujo conteúdo seja também inspirado pela necessidade de satisfação de forma mais completa e eficiente do interesse público constitucional e legalmente fixado⁸⁷. Acrescenta ainda, que juridicidade e justiciabilidade não devem ser conceitos confundidos, muito menos esgotarem o seu alcance no âmbito comum.

Defende, portanto, o dever de boa administração como um dever jurídico que não integra o espaço de justiciabilidade, em virtude de não comportar uma proteção jurisdicional (como acima já foi referido)⁸⁸. Baseia-se tal afirmação, no facto de se aceitar apenas uma declaração por parte dos tribunais, acerca da legalidade das decisões administrativas, não podendo estes relevar e ponderar sobre questões de mérito dessas já referidas decisões. Como se observa, estamos perante uma problemática relevante na discussão sobre a separação de poderes e decisão administrativa.

Esta posição de DIOGO FREITAS DO AMARAL, é a mais defendida na doutrina nacional. Aliás, essa mesma doutrina, ilustra de forma consistente, os mais diversos cenários

⁸⁶ Cfr. AMORIM, João Pacheco, *Direito Administrativo da Economia – Introdução e Constituição Económica*, Vol. I, Almedina, 2014, pág. 80

⁸⁷ V. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2ª Edição, Almedina, 2011, pág. 46

⁸⁸ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso... ob.cit.*, pág. 47

das consequências jurídicas para a violação deste dever, na sua aceção de eficiência⁸⁹. Afirmar esta tese que existe a juridicidade do dever de boa administração, mas não a sua justiciabilidade, que acaba por ficar excluída pelas razões jurisdicionais já invocadas, o que acaba por levar a uma relevância jurídica estritamente intra-administrativa⁹⁰.

No entanto, para melhor compreender e concretizar pontos de vista sobre esta factualidade, há que posicionar o princípio da boa administração na nova realidade do CPA. Com a nova reforma deste diploma legal, este foi consagrado no art. 5º. Como se pode aferir da leitura do mesmo, identifica-se ali, o dever de a Administração agir no âmbito de concretização dos critérios de eficiência, economicidade e de celeridade.

De facto, é assumido que a eficiência da Administração Pública possui relevância jurídica, levando ao entendimento de que este conceito é fundamental para a atividade de gestão de recursos públicos, com o intuito de satisfazer as necessidades gerais desenvolvidas no âmbito de prossecução do interesse público pela Administração, impondo diretamente à mesma, uma obrigação geral de sujeição da atividade administrativa aos critérios proclamados no artigo mencionado⁹¹. Mais, o entendimento é de que este princípio assume uma relação de maior proximidade com o critério já referido da eficiência.

A partir desta interpretação é que acaba por surgir um dos problemas ligados ao princípio da boa administração: a autonomização do critério da eficiência como dinamizador e principal municiador em relação aos restantes princípios consagrados. A dissociação plena não pode, nem deve existir. Aliás, a proximidade entre eficiência e os outros princípios existe.

⁸⁹ Como refere RAIMUNDO: “*admite-se que uma atuação ineficiente possa fundamentar a responsabilidade disciplinar do trabalhador ou dirigente, ou relevar no âmbito da sua avaliação de desempenho, bem como fundamentar a responsabilidade civil da administração perante um terceiro; pode ser invocada como fundamento em impugnações administrativas, porque nestas pode conhecer-se do mérito, e genericamente fundamentar a revogação por motivo de interesse público; a eficiência pode fundamentar outras ações de orientação e controlo dentro da estrutura administrativa, no contexto dos poderes de controlo atribuídos aos órgãos (sobretudo, ao Governo) titulares dos poderes de direção, superintendência e tutela (no caso de existir tutela de mérito) sobre outros órgãos.*” V. RAIMUNDO, Miguel Assis, *Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular, in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, 2ª Edição, AAFDL, 2015, págs. 180 e segs.

⁹⁰ Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, A. Salgado, *Direito Administrativo*, I, pág.207 *apud* RAIMUNDO, Miguel Assis, *Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular, in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, 2ª Edição, AAFDL, 2015, pág. 182.

⁹¹ V. ALMEIDA, Mário Aroso, *Teoria Geral do Direito Administrativo: O novo regime do Código de Procedimento Administrativo*, 3ª Edição, Almedina, 2015, págs. 57 e segs.

Apesar disso, existem diferenças que autonomizam e reforçam este problema⁹².

Consagrou-se, todavia, uma dimensão que se reporta a ideias gerais de proporcionalidade, podendo, até admitir-se, que a eficiência seja conduzida a um conceito mais amplo do princípio da proporcionalidade em si mesmo. No entanto, esta coaduna-se com o apelo a um quadro justificativo de razoabilidade de afetação de fundos públicos a um determinado fim e a uma ideia de gestão cauta e zelosa dos interesses alheios⁹³.

Em face do referido, é neste sentido descrito, que caminha a construção dogmática encontrada no CPA.

A própria interação da ciência económica com o Direito tem encaminhado a Administração Pública e o direito administrativo português para um verdadeiro cenário de “economização”. Nos tempos atuais, é constantemente exigido à Administração, uma atuação muito pautada por intensos padrões de eficiência, levando a análises, cada vez mais frequentes, de custo-benefício⁹⁴. Logicamente, acaba isto por se refletir no plano organizacional e “contaminou o direito administrativo com conceitos e máximas de natureza económica”.

Voltando ao problema levantado no início do capítulo, encontramos uma tese doutrinal, a nível nacional, que parte da ideia de que o princípio da boa administração como eficiência, não tem capacidade para constituir direitos subjetivos dos particulares, derivando daí o corolário da reduzida ou nula justiciabilidade do princípio.

Ora, não partilhamos o mesmo ponto vista.

⁹² “Com efeito, uma das diferenças específicas da eficiência é que ela não exige, para funcionar como parâmetro de controlo, que haja qualquer lesão de posições jurídicas alheias. Enquanto o princípio da proporcionalidade na sua vertente mais reconhecível da proibição do excesso é um princípio que limita o sacrifício que se pode exigir a outra subjetividade, a eficiência mede (e limita) o sacrifício que se pode exigir aos recursos públicos. Mas com a extensão do teste da adequação a toda a atividade administrativa e a sua expressa manutenção no quadro da proporcionalidade, parece ter-se esvaziado o âmbito da eficiência” Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, *Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular, in Comentários ao Novo... ob.cit.* págs. 175 e segs.

⁹³ V. RAIMUNDO, Miguel Assis, *Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular, in Comentários ao Novo... ob.cit.* pág. 179-

⁹⁴ Cfr. CALVÃO, Filipa Urbano, *O princípio da eficiência in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, A.7, 2010, págs.330 e segs.

A posição que nos parece mais adequada é aquela que é defendida por MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, que enumera vários argumentos, segundo os quais, a tese majoritária não deve proceder⁹⁵:

Desde logo, começa por rebater a natureza não invalidante da violação do princípio da boa administração, com base na legitimidade processual de 3 elementos: o Ministério Público, o presidente de um órgão colegial ou mesmo os cidadãos residentes de um dado concelho, que resolvem impugnar atos de órgãos autárquicos. Ou seja, basta que um destes 3 sujeitos queira fazer valer as suas pretensões contra um ato violador da economia, eficiência e eficácia, para que o contencioso administrativo, naturalmente, atribua a qualquer destes a tutela jurisdicional requerida.

Por outro lado, é questionável que um princípio normativo e jurídico seja menorizado, vendo ser-lhe atribuído um papel menor do que aquele que o ordenamento lhe parece atribuir. Tal posicionamento não deve proceder. É necessário existir um tipo de vinculação a este princípio (tal como a todos os outros) que pode levar à invalidação de atuações desconformes com o mesmo. Portanto, o princípio da boa administração deve servir para o funcionamento com efetividade e vinculatividade, que são reconhecidos aos restantes princípios, podendo, desta forma, limitar a margem de livre decisão da Administração levando a que a sua violação comporte a invalidade do ato que vier a ser praticado⁹⁶.

Outro ponto, com o qual concordamos, é quando rebate o argumento de que os critérios de boa administração são extrajurídicos. Ora, é algo que não parece proceder, na medida em que, por exemplo, um tribunal quando se depara com um incumprimento resultante de um ato administrativo de resolução, não deve invocar que se está perante regras técnicas, de arte, uma vez que não é uma situação desconforme com a realidade jurídica. O critério jurídico é inequívoco na aplicação do princípio da eficiência, levando a que se pondere o modo de aplicação desse já referido critério, isso sim, contribuindo para que haja um aporte de outras realidades que existem fora da realidade jurídica⁹⁷.

⁹⁵ V. RAIMUNDO, Miguel Assis, *Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular, in Comentários ao Novo... ob.cit* págs. 180 e segs.

⁹⁶ Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, *Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular, in Comentários ao Novo... ob.cit*. pág. 183

⁹⁷ Apesar de na previsão normativa encontrarmos critérios económicos, na nossa opinião, deveria existir, pelo menos, a incorporação de um critério/parâmetro base, traduzido na moralidade administrativa, na construção do princípio da boa administração, mantendo a visão de eficiência, mas alcançando uma visão coincidente com a doutrina italiana (cfr. ALLEGRETTI, Umberto, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione in AA/VV, Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VIII, Torino, 1993, págs. 131 e

Além disto, referimos também, a refutação do contexto proclamado pela doutrina de que se pode ficar perante uma dupla administração.

Os tribunais que controlam a atividade da Administração têm que acabar por se “infiltrar” nesta, uma vez que, o seu objeto de controlo é a já referida atividade administrativa, acabando isto por ser um processo natural do controlo jurisdicional. Este não deve perder tempo em refúgios peculiares, por forma a impedir que o poder público reserve para si mesmo parcelas cada vez mais significativas de verdadeira imunidade⁹⁸, caindo assim a crítica da dupla administração⁹⁹.

Não pode o controlo jurisdicional assumir um divórcio com os princípios que regulam a atividade administrativa. Na realização da justiça material, é necessário assumir uma metodologia de compatibilidade com um interesse público ligado às diversas dimensões do princípio da boa administração¹⁰⁰ mas, acima de tudo, à dimensão preconizada pela consagração do novo artigo 5º do CPA: a eficiência.

5.2. O Princípio da Separação de Poderes

Esta questão prende-se com o âmbito de ação da Administração Pública no uso dos seus poderes discricionários. A atividade da Administração está, obviamente, sujeita a vários tipos de controlo. O controlo, aqui mencionado, contende com o mérito administrativo, que em rigor engloba duas ideias distintas: a ideia de justiça e a ideia de conveniência¹⁰¹. O mérito apresenta-se como uma ponderação de determinados factos que levam a uma decisão

segs *apud* RAIMUNDO, Miguel Assis, *Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular, in Comentários ao Novo... ob.cit.* pág. 184) que adota o princípio da boa administração (alcançado com uma dogmática atinente à moralidade administrativa) como pressuposto de validade da conduta administrativa, quer em termos de legalidade no contexto do vício de excesso de poder, quer se trate de afirmação do vício de violação da lei.

⁹⁸ *Ibidem*, pág. 185

⁹⁹ “Á crítica da dupla administração e do governo dos juízes respondemos ainda que, no presente texto, apenas afirmamos que o princípio da boa administração tem (como todos os princípios) o potencial de invalidar uma conduta administrativa: a verificação, em concreto, dos pressupostos que permitirão fazê-lo é, depois, um passo que precisa de ser dado de cada vez que um ato for questionado jurisdicionalmente com este fundamento, e é aí (mas só aí) que se tem de vigiar constantemente para que os tribunais não exorbitem os seus poderes.” Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, *Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular, in Comentários ao Novo... ob.cit.* pág.186

¹⁰⁰ O Tribunal de Contas tem mostrado preocupação relativa ao respeito do princípio da legalidade, relacionando o dever de boa administração com o princípio da prossecução do interesse público, tendo inclusive em acórdãos, mencionado o respeito que deve existir perante o primeiro:

“Do princípio da prossecução do interesse público consagrado no art.º 266.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e no art.º 4.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) decorre o dever da boa administração em toda a atividade da Administração Pública, o qual deve ser exercido com respeito pelo princípio da legalidade.” Cfr. **Acórdão 69/2011 1ªS/SS de 28 de Novembro, Tribunal de Contas.**

¹⁰¹ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso... ob.cit.*, pág.109

num determinado sentido, decisão essa tomada pela Administração. Ou seja, a apreciação do que é devidamente oportuno e conveniente abrange um leque alargado de reflexões, que aportam ao agente na sua apreciação do motivo do ato administrativo para depois editá-lo, ou abster-se disso, ponderando sobre os mais diversos conceitos jurídicos ou extrajurídicos com que se depara¹⁰².

No ato discricionário, temos a presença do mérito, dentro da competência livre do administrador que procede a uma valoração da decisão que vai tomar, dentro dos parâmetros da oportunidade e conveniência. Na aferição da conveniência do ato, deve-se procurar a perfeita adequação do mesmo ao interesse público que justifica a prática do referido ato.

Mas, o que realmente importa na discussão, é a questão da avaliação do mérito do ato pelos tribunais administrativos. Em Portugal, esta intromissão não é permitida, ou melhor, há uma forma de desvio a esse controlo de mérito, vejamos:

Com a Constituição de 1976, foi operada uma alteração no Direito Português, que versou na inclusão de novos princípios fundamentais da atuação da Administração Pública. Até então, o único princípio que importava era o princípio da legalidade – Se a Administração violasse a lei, o ato que praticava era considerado ilegal; se não a violasse, mesmo que estivessemos perante uma injustiça, o ato era legal e, como tal, não podia ser objeto de impugnação no âmbito dos tribunais administrativos¹⁰³. Com isto, apenas era consentida a análise de averiguação do ato impugnado como legal ou ilegal, mas nunca se era justo ou injusto. Remetia, portanto, essa apreciação para os órgãos internos da própria Administração, estando longe do controlo jurisdicional e abrigado o ato numa discricionariedade absoluta.

Nos tempos atuais, com o advento do art.266º, nº2 da CRP, a Administração está obrigada a respeitar o princípio da justiça, o que permite, somente o ataque ao ato injusto, para além do ilegal, permitindo assim, apenas, a apreciação da justiça ou injustiça de uma decisão da Administração.

No entanto, parece-nos que não deve ser só esse princípio da justiça a determinar uma ação por parte dos tribunais. Na realidade, estes acabam por não atacar o mérito, pelo menos de uma forma direta, mas sim a violação da lei.

¹⁰² V. JÚNIOR, José Cretella, “*O mérito do ato administrativo*” in Revista de Direito Administrativo, v.79, FGV Direito Rio, 1965, pág.31

¹⁰³ Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso... ob.cit.*, pág.110

Ainda neste campo, é de difícil compreensão a posição adotada pelo nosso ordenamento, quanto à análise do mérito por parte dos tribunais, quando o princípio abordado é o princípio da boa administração. Isto não pode suceder, sendo, inclusive, proibido pela jurisprudência portuguesa¹⁰⁴. Ou seja, por força do princípio da separação de poderes, os tribunais administrativos não podem administrar em lugar da Administração, nem podem julgar da conveniência ou da oportunidade da atuação administrativa quando ela for discricionária¹⁰⁵. Ora, até mesmo pela essência daquilo que são os tribunais e a sua função jurisdicional, não nos é favorável, em termos de prossecução da posição defendida, que esta proibição exista. Ao limitar-se a atuação, argumentando possíveis conflitos ligados ao princípio da separação de poderes e alinhando numa ideia de intromissão do poder jurisdicional no poder público, é relativizar um problema que só tende a crescer: a verdadeira imunidade.

Claro que isto é ultrapassável, no entanto, pensamos que o controlo do mérito deve ser exercido de forma direta, não cabendo, *per si*, uma violação do princípio da separação de poderes.

Por fim, em última análise, encontramos também problemas no controlo que os tribunais fazem da legalidade da atividade administrativa, quando o assunto é a aplicação e implementação de novas políticas.

Quanto a este ponto, entende TAVARES DA SILVA¹⁰⁶ que, estamos perante um desastre, na medida em que os tribunais administrativos nacionais continuam a mobilizar nesta sede o instrumentário próprio do controlo da atividade administrativa, mostrando a sua incapacidade para ascender a patamares mais elevados. Resultando por não conseguir estabelecer “passerelles jurídicas” com outros ordenamentos, colher novos princípios jurídicos e até proceder a diálogos com outras instâncias judiciais.

Assume a autora ainda, o seu pertinente descontentamento com a invocação do art.266º/2 da CRP como limite fundamental do controlo judicial da atividade administrativa, uma vez que, acaba por ocorrer um risco de secundarização do controlo pelas instâncias

¹⁰⁴ ¹⁰⁴ V. **Acórdão do STA de 22/05/2014, Proc. Nº. 01412**, onde se afirma: “por força do princípio da separação de poderes, a intervenção condenatória do juiz administrativo depara-se com um limite fundamental, não podendo substituir-se à Administração ou violar o núcleo essencial da sua autonomia, no âmbito da escolha discricionária dos interesses ou valorações técnicas que lhes são reservadas por lei”.

¹⁰⁵ Cfr. QUADROS, Fausto de et al., **Comentários à revisão do Código de Procedimento Administrativo**, Almedina, 2016, pág.30

¹⁰⁶ V. TAVARES DA SILVA, Suzana, **O princípio (fundamental) da eficiência in** Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, A.7, 2010, págs. 533 e segs.

nacionais em relação às instâncias internacionais, remetendo o Estado português, a condenações que levam a situações de “absoluta ineficiência” e “insustentabilidade financeira”, devido às indemnizações que este é condenado a pagar.

5.3. Existe então responsabilidade do Estado por violação do princípio da boa administração?

Feita a articulação entre a juridicidade do princípio da boa administração e as imposições/limitações que o princípio da separação de poderes acarreta para esta temática, é necessário proceder à eventual panóplia de conclusões. Assim, é legítimo afirmar que o princípio da boa administração é passível de controlo, nos termos definidos pelos princípios gerais do Direito Administrativo, gerando responsabilidade pelo seu desrespeito, indo contra a tese maioritária da doutrina. Os critérios de celeridade e economicidade, previstos no novo art. 5º do CPA, são alvo desse controlo. O primeiro, ao concretizar a sua essência objetiva na lei, permite que os tribunais competentes fiscalizem a legalidade dos procedimentos, quando estes se baseiem em função dessas exigências¹⁰⁷. Quanto ao segundo critério, da economicidade, permite que exista controlo por parte de entidades habilitadas por lei, nomeadamente, a Inspeção-Geral de Finanças, o Tribunal de Contas e eventuais entidades reguladoras.

De forma diferente, se traduz o controlo com base no critério da eficiência. Como vimos acima, este é um critério em que o seu conteúdo emana de várias fontes, e não apenas do Direito. Em Portugal, para que uma medida seja considerada eficiente, para o efeito de ser considerada como uma medida de boa administração, deve compreender uma série exigente de requisitos. Em primeiro lugar, deve respeitar o interesse público, para além dos interesses legalmente protegidos dos administrados. Deve também, ser eficaz e alcançar os planos traçados pela consonância inerente com a Constituição e o que o Direito impõe à Administração, no âmbito do princípio da legalidade. Por fim, deve cumprir requisitos de proporcionalidade, por forma a garantir o respeito pelo art. 7º do CPA¹⁰⁸. Assim, com este critério da eficiência afastam-se as medidas que se mostrem inadequadas, desrazoáveis para o fim prosseguido no caso concreto. Com isto, apela-se ao seu carácter jurídico que, como vimos, se funda nos princípios presentes na CRP e demais preceitos legais, concluindo-se

¹⁰⁷ Quadros, Fausto de et al., *Comentários À Revisão Do Código de Procedimento Administrativo*, Almedina, 2010, pág. 29

¹⁰⁸ *Ibid.* págs. 26 e segs.

que o controlo da boa administração através do critério da eficiência é possível e gerador de responsabilidade administrativa.

A última conclusão que se retira, contende com o controlo das decisões administrativas no âmbito da discricionariedade. Como vimos, no capítulo anterior, este tipo de controlo não é aceite no nosso ordenamento, uma vez que, se encontra limitado pelo princípio da separação de poderes, sendo esse o entendimento jurisprudencial e doutrinal. Neste campo, já demonstramos a nossa oposição com as razões invocadas acima, pelo que, deveria existir responsabilidade administrativa nestes termos, algo que não encontra concretização no nosso ordenamento, sendo proibido o controlo jurisdicional nestes casos.

Conclusão: há responsabilidade administrativa, limitada ao princípio da legalidade, não existindo esta quando se está perante discricionariedade administrativa. Poderia, aqui, invocar-se o critério da moralidade administrativa como forma de justificar um necessário controlo de atos imorais. Mas, como já foi exposto nos capítulos anteriores, também esse critério é afastado, ficando o controlo de atos imorais sob alçada do controlo interno da própria Administração, cabendo aos particulares o uso das garantias administrativas que lhes são permitidas.

IV- Conclusões

Chegado o fim da dissertação, impõem-se as devidas conclusões. O princípio da boa administração, no ordenamento português, encontra o seu fundamento em critérios de celeridade e economicidade, tal como, descrito na letra da lei. Mais ainda, consagra no seu cômputo particular uma relação com os princípios da eficiência e da eficácia.

Deste modo, chega-se àquilo que defendemos ao longo desta dissertação: o princípio da boa administração não pode esgotar-se nestes critérios meramente económicos. A sua construção dogmática, na nossa opinião, deve relevar mais critérios intrínsecos à própria expressão “boa administração”. Alguns destes são até extrajurídicos, o que, a nosso ver, não deve ser visto como um entrave à sua inclusão nesta construção referida.

O Direito pauta-se por relações jurídicas, interpessoais, baseado em conceitos como Moral e Ética, levando a que estes sejam um caminho natural para o apuramento de comportamentos conformes ou desconformes com a realidade jurídica. Obviamente, torna-

se esta temática muito, ou um tanto complicada, devido a todo o esforço doutrinal exigido para a concretização da ideia defendida. No entanto, afigura-se necessário que o esgotamento de um princípio tão basilar na vida do Direito Administrativo (Direito esse que é dos que mais envolve o cidadão com a vida jurídica do seu país) seja combatido e, eventualmente, alargado o espectro de princípios artífices do princípio da boa administração, integrando, entre eles, o referido princípio da moralidade administrativa.

Esta nossa preocupação contende com a vertente do controlo jurisdicional do princípio da boa administração. Como vimos, no ordenamento administrativo português, os tribunais exercem a sua função com base naquilo que se apura do âmago do princípio da boa administração. A sua ação tem em conta, em primeiro lugar, o critério da celeridade. Este permite um controlo com a consonante essência objetiva da lei. Quanto ao critério da economicidade, o controlo é exercido por entidades habilitadas por lei. Quer isto dizer que, existindo violação, com uma decisão morosa e prejudicial em termos económicos para a Administração Pública, e sendo esta decisão ilegal por força do referido, os tribunais podem exercer o controlo jurisdicional e impedir que a decisão seja tomada, assim como, podem agir se for suscitado pelos particulares algum tipo de decisão prejudicial para os seus interesses e que seja fundada naquilo que se mencionou. Ainda dentro deste ponto, encontramos as violações relativas ao princípio da eficiência, que legitimam a ação dos tribunais. Para que tal suceda, é necessário que seja violado o critério do interesse público e a eficácia que não se produz devido à não consonância com a CRP e as demais exigências legais.

O controlo existe. É um facto. Mas, o que importa para aquilo que defendemos, é o controlo da atividade administrativa dentro do âmbito da discricionariedade. O controlo de uma violação do princípio da boa administração, no âmbito de uma decisão procedimental, derivada da atividade discricionária, pode ser feito? A resposta do ordenamento é negativa. A justificação latente e respeitante à temática inquina no seguinte argumento: se existir controlo por parte dos tribunais desta atividade administrativa discricionária, ficamos perante uma violação do princípio da separação de poderes, imiscuindo-se o poder judicial nas questões de mérito que, por imposição desse princípio, se encontram vedadas. Ou seja, por força do princípio da separação de poderes, os tribunais administrativos não podem administrar em lugar da Administração, nem podem julgar da conveniência ou da oportunidade da atuação administrativa quando ela for discricionária. Ora, aqui é que

concentramos as nossas maiores reservas e defendemos que é algo que deveria e poderia ser ultrapassado.

No nosso entender, o controlo do mérito por parte dos tribunais, deve ser exercido de forma direta. Certo é que a própria Administração oferece mecanismos, ou melhor, garantias administrativas que permitem que essa aferição de conformidade com as exigências de boa administração exista. No entanto, defendemos que vai contra a própria essência e razão de ser dos tribunais: estes existem para controlar a atividade administrativa, devem entrar na vida desta, nas decisões que são tomadas, refletindo-se nas funções de controlo que lhe são reconhecidas. Se enveredarmos, apenas, pelo controlo interno do mérito pelos meios de garantia da Administração, estamos a entrar num caminho de relativização de um problema que só tende a crescer: a verdadeira imunidade dentro da discricionariedade administrativa. A “infiltração” dos tribunais na atividade administrativa deve ser encarada como um passo natural do controlo jurisdicional. Assim, quando alguma medida discricionária for questionada jurisdicionalmente com o fundamento de violação do princípio da boa administração, o controlo deve ser feito nesse mesmo momento, levando ao apuramento de decisões abusivas dos tribunais e não à limitação da sua atuação num instante anterior evitando dessa forma a propagada crítica da dupla administração.

Esta argumentação pode ser ténue e fraca perante o argumento da separação de poderes: afinal, os tribunais existem apenas para o apuramento da legalidade. No entanto, voltando ao ponto da construção dogmática do princípio da boa administração, consideramos que aqui se pode traduzir um argumento favorável à posição por nós defendida. O princípio da boa administração se, na sua construção, consagrar o princípio da moralidade administrativa, não se remetendo apenas aos princípios económicos que atualmente encontramos na letra da lei, irá permitir que um ato imoral possa ser aferido e controlado pelos tribunais administrativos. Com isto, ficamos dentro dos limites impostos pelo princípio da separação de poderes e da crítica de intromissão do poder judicial na atividade administrativa do Estado.

Ainda uma referência, que julgamos pertinente, contende com aquilo que apuramos na análise descritiva do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas. Como referido, e reforçamos, a análise foi descritiva, pois procurou-se apurar as traves mestras do Regime. No entanto, acaba por surpreender a desconformidade do mesmo com o Direito da União, levando a que o nosso país fique sujeito

a multas comunitárias pesadas. Por fim, ainda dentro deste tema, nomeadamente, quanto à Responsabilidade Penal do Estado, apuramos na breve reflexão feita que esta não é possível. Um passo lógico, devido ao facto de o poder punitivo se encontrar nas mãos do Estado. No entanto, a posição com a qual não concordamos é a não responsabilidade penal das pessoas coletivas de direito público, uma vez que, existem pessoas coletivas públicas de carácter empresarial que beneficiam de estatutos análogos às pessoas coletivas de direito privado que, ao contrário das anteriores, sofrem de responsabilidade penal. Perante tal facto, como assumimos no capítulo referente a este tema, existe aqui uma violação do princípio da igualdade, tornando-se imperativo que exista prerrogativas equivalentes quanto a todos os pontos de contato entre estas duas realidades.

Como se apurou, o paradigma do princípio da boa administração na responsabilidade administrativa do Estado é cada vez mais uma realidade, esperando o autor ter contribuído com o seu humilde aporte para um maior esclarecimento e alcance desta questão.

V. Referências Bibliográficas e Jurisprudência

Alfonso, Luciano Parejo. *“Eficacia Y Administración – Tres Estudios, Instituto Nacional de Administración Publica.”* Boletín Oficial del Estado (1995). p 93–94;

Almeida, Mário Aroso. *Teoria Geral Do Direito Administrativo: O Novo Regime Do Código de Procedimento Administrativo*. 3ª Edição. Almedina (2015). p 57;

Almeida, Mário Aroso de, & Carlos Cadilha. *Comentários Ao Código Do Processo Nos Tribunais Administrativos*. 3ª Edição. Almedina (2010). p 23-24;

Amaral, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. II. 2ª Edição. Almedina. (2011). p 46-110;

Amorim, João Pacheco. *Direito Administrativo Da Economia – Introdução E Constituição Económica*. Vol. I. Almedina (2014). p 40;

Andrade, Vieira de. *Os Direitos Fundamentais Na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª Edição. (2012). p 136;

Antunes, Colaço. *“Mito E Realidade Da Transparência Administrativa.”* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. (1993). p 11;

Assunção, Filipe Vasconcelos. *“A Responsabilidade Penal Das Pessoas Colectivas – Em Especial a Problemática Da Culpa.”* Universidade Católica de Lisboa. (2013). p 14-74;

Brandão, António José. *“Moralidade Administrativa.”* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar. (1951). p 457;

Cadilha, Carlos. *Regime Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado*. 2ª Edição. Coimbra Editora (2013). p 225;

Calvão, Filipa Urbano. *“O Princípio Da Eficiência.”* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto A (7). (2010). p 330;

Duarte, Maria Luísa. *União Europeia: Estática E Dinâmica Da Ordem Jurídica Eurocomunitária*. Almedina. (2011). p 277;

Quadros, Fausto de et al. *Comentários À Revisão Do Código de Procedimento Administrativo*. Almedina. (2016). p 30;

Fonseca, Guilherme da, & Câmara, Miguel Bettencourt da. *A Responsabilidade Civil Dos Poderes Públicos – a Responsabilidade Do Legislador, Do “juiz” E Da Administração Pública*. 1ª Edição. Coimbra Editora. (2013). p 277;

Garcia, Maria da Glória F.P.D. “*A Responsabilidade Civil Do Estado E Das Regiões Autónomas Pelo Exercício Da Função Político-Legislativa e a Responsabilidade Civil Do Estado e Demais Entidades Públicas Pelo Exercício Da Função Administrativa.*” Número 10. (2010). p 308;

Gigena, Julio I. Altamira. *Responsabilidad Del Estado*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos. (1973). p 44-56;

Gil, José Luis Meilán. “*El Paradigma de La Buena Administración.*” *Anuário de Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña* 17.(2013). p 236;

Guajardo, Enrique Morera. *Responsabilidad, Concepto Jurídico Y Sus Singularidades*. Ariel – Economía y Empresa. (2010). p 22-99;

Hauriou, Maurice. *Précis de Droit Administratif et Droit Public*. 12ª edición . Dalloz. (2002). p 83;

Jonas, Hans. *O Princípio Responsabilidade- Ensaio de Uma Ética Para A Civilização Tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio. (2006). p 347;

Júnior, José Cretella. “*O Mérito Do Ato Administrativo.*” *Revista de Direito Administrativo* Vol.79. FGV Direito Rio. (1965). p 31;

López, Francisco Javier Velázquez. “*La Cultura de Gestión de Los Servicios Públicos.*” In *Estudios Para La Reforma de La Administracion Pública*, Madrid: Instituto Nacional de Administracion Pública. (2004).p 115;

Medeiros, Rui (org.) & Almeida, Mário Aroso. *Comentário Ao Regime Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado E Demais Entidades Públicas*. Universidade Católica Editora. (2013). p 30-313;

Mesquita, Maria José Rangel de. ***O Regime Da Responsabilidade Civil Extracontratual Do Estado E Demais Entidades Públicas E O Direito Da União Europeia***. Almedina. (2009). p 27-32;

Miranda, Jorge, Medeiros, Rui. ***Constituição Portuguesa Anotada, Tomo II***, Coimbra Editora. (2006).

Miranda, Jorge. ***Manual de Direito Constitucional***. Tomo IV. 5ª Edição. (2012).p 177-178;

Moreno, Fernando Sáinz. “***El Valor de La Administración Pública En La Sociedad Actual***.” In *Estudios Para La Reforma de La Administracion Pública*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. (2004). p 107–109;

Moreno, Fernando Sáinz. “***Secreto Y Transparencia***.” In *Estudios Para La Reforma de La Administracion Pública*, Madrid: Instituto Nacional de Administracion Pública. (2004). p 167–168;

Muñoz, Jaime Rodríguez-Arana. ***El Buen Gobierno Y La Buena Administración de Instituciones Públicas***. Thomson-Aranzadi. (2006). p 19-34;

Raimundo, Miguel Assis. “***Os Princípios No Novo CPA E O Princípio Da Boa Administração, Em Particular***.” In *Comentários Ao Novo Código Do Procedimento Administrativo*, AAFDL. (2015). p 175–186;

Rebelo de Sousa, Marcelo & Salgado de Matos, André. ***Responsabilidade Civil Administrativa – Direito Administrativo Geral***. Tomo III. 1ª Edição. D. Quixote. (2008). p 11-43;

Santín, Janaína Rigo. “***O Provedor de Justiça Europeu E a Democratização Das Instituições Comunitárias***.” In *Revista Brasileira de Política Internacional*. (2012). p 156;

Solé, Juli Ponce. ***Deber de Buena Administración Y Derecho Al Procedimiento Administrativo Debido***. 1ª edición. Editorial Lex Nova. (2001). p 127-132;

Sousa, António Francisco. ***A Discricionariedade Administrativa***. Lisboa: Danúbio, LDA. (1987). p 66;

Tavares da Silva, Suzana. “***O Princípio (Fundamental) Da Eficiência***.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. (A) 7. (2010). p 533.

Jurisprudência:

Acórdão do STA de 22 de maio de 2014, processo n° 01412

Acórdão do STA de 31 de maio de 2005, processo n°0127/03

Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 22 de outubro de 2009, com base no processo 00467/08.9BECBR

Acórdão do Tribunal de Conflitos de 2 de outubro de 2008, processo n° 012/08

Acórdão do Tribunal Constitucional n°5/2005, de 5 de janeiro de 2005.

Acórdão do Tribunal Constitucional n°13/2005, de 12 de janeiro de 2005.

Acórdão do Tribunal Constitucional n°236/04, de 13 de abril de 2004.

Acórdão do Tribunal da Função Pública da União Europeia (Primeira Secção), de 30 de novembro de 2009, processo F-80/08, opondo Fritz Harald Wering vs. Comissão Europeia.

Acórdão do Tribunal Geral (Terceira Secção) de 19 de maio de 2010, processo T-50/05, Evropaïki Dynamik vs. Comissão Europeia.

Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu, C-32/95, Colect., pág. I – 5373

Acórdão do Tribunal de Justiça Europeu de 16 de dezembro de 2008, Masdar (UK) vs. Comissão Europeia, processo C-47/07, p. I-9761, n°92.

Acórdão de Tribunal de Primeira Instância de Junho de 1994, processo T-480-93

Acórdão de Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção), de 22 de maio de 2007, processo T-500/04, que opôs a Comissão Europeia vs. IIC Informations – Industries Consulting GmbH.

Decisão do Parlamento Europeu, do Conselho, da Comissão, do Tribunal de Justiça, do Tribunal de Contas, do Comité Executivo e Social Europeu, do Comité das Regiões e do Provedor de Justiça de 26 de agosto de 2005, relativa à criação da Escola Europeia de Administração.